image
not
available



DROIT COMMERCIAL.



COMMENTAIRE

DU

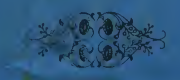
CODE DE COMMERCE

TITRE 1 — DES COMMERÇANTS

TITRE 2 — DES LIVRES DE COMMERCE.

PAR J. BÉDARRIDE,

Avocat, Ancien Bâtonnier, Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.



PARIS,

DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, [illegible].

[illegible] ET BOURSELET, RUE PAVÉE SAINT ANDRÉ DES ARTS, 13

GESSE, PLACE DAUPHINE, 27

AIX,

AUBIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

[illegible]

—

1854.

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

TITRES 1 ET 2.

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS.

D. A. v° *succession.*	Dalloz aîné, *Alphabétique*, au mot *succession.*
D. Dict. général.	Dalloz (Armand), *Dictionnaire général de Jurisprudence.*
D. P., 25, 1, 31.	Dalloz, *Périodique*, année 1825, première partie, pag. 31.
S. 25, 1 50.	Sirey, année 1825, première partie, pag 50.
J. D. P., I, 41. p. 37.	*Journal du Palais*, tome I, de 1841, pag. 37.
J. D. P. Rép.	*Répertoire du Journal du Palais.*

NOTA. Tous les arrêts qui ne sont indiqués que par leur date sont puisés dans la dernière édition du *Journal du Palais.*

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR.

TRAITÉ DES FAILLITES ET BANQUEROUTES, ou Commentaire de la loi du 28 mai 1838, 2 vol. in-8°. . . . . 15 fr.

TRAITÉ DU DOL ET DE LA FRAUDE, 3 vol. in 8°. . . . . . . 24 fr.

SOUS PRESSE :

Commentaire du Code de commerce, Titre 3.—Des Sociétés, 2 vol. in-8°

Aix, Typ. AUBIN.

DROIT COMMERCIAL.

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

TITRE 1. — DES COMMERÇANTS.

TITRE 2. — DES LIVRES DE COMMERCE.

PAR J. BÉDARRIDE,

Avocat, Ancien Bâtonnier, Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.



PARIS,
DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 3.
VINCENT ET BOURSELET, RUE PAVÉE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, 13.
GOSSE, PLACE DAUPHINE, 27.
AIX,
AUBIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
SUR LE COURS, 1.

1854.

DROIT COMMERCIAL

OU

COMMENTAIRE

DES DIVERS TITRES DU CODE DE COMMERCE.

COMMENTAIRE DES TITRES 1 ET 2.

NOTICE HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

1. Nécessité pour le commerce d'une législation spéciale.
2. Différence dans le caractère des principes civils et commerciaux.
3. Eléments qu'exigent les besoins du commerce.
4. Justification de ce qui précède par notre propre histoire.
5. Effets des ordonnances de 1673 et 1681.
6. Appréciations contraires sur les maîtrises et jurandes.
7. Jugement qu'en porte l'édit de 1776.
8. Nécessités qui les firent si longtemps maintenir.
9. Projet de Turgot de les abolir. Edit de 1776.
10. Ce qui le fit avorter.
11. Leur suppression par le décret du 2-17 mars 1791.
12. Position que ce décret faisait à l'ordonnance de 1673. Nécessité de la modifier.

1. — La commission instituée par les consuls pour préparer le projet du Code de commerce s'écriait avec juste raison : Depuis que les nations se sont éclairées sur leurs véritables intérêts, le commerce a été un des premiers objets de l'attention des gouvernements. On a reconnu qu'il était le principal moteur de l'industrie et le ressort le plus actif de la prospérité publique.

La vérité de cette proposition est depuis longtemps admise. Ce qu'on sait aussi, c'est que si le commerce favorise l'industrie manufacturière, il n'est pas moins utile à l'industrie agricole, dont il fait écouler les produits et qu'il pourvoit de tout ce qui est indispensable à ses développements.

Ces trois branches de la prospérité publique sont donc liées entre elles par des rapports intimes. Favoriser les progrès de l'une, c'est faire progresser les deux autres, c'est assurer l'avenir de la nation et asseoir ses destinées sur des bases inébranlables.

Au premier rang des institutions qu'exige l'intérêt réel du commerce, figure la nécessité d'une législation spéciale, destinée à en protéger les opérations, à en déduire les effets, à en consacrer les formes. Quelque parfaite que puisse être la loi civile, la rigueur de ses

principes ne se prête pas assez aux tempéraments de transactions dont la multiplicité, et conséquemment la facilité, devient la condition du progrès vers lequel le commerce doit tendre sans cesse.

2. — Cette proposition n'est pas seulement justifiée par l'expérience des nations les plus commerçantes, elle est encore invinciblement appuyée sur la nature même des choses. Les principes de pur droit civil ne devant exercer leur influence que sur la nation qu'ils régissent, ne doivent tendre qu'à un seul objet, à savoir : s'harmoniser avec les mœurs et les habitudes intimes des régnicoles. Leur but étant de garantir autant que de conserver, ils offriront par cela même plus de ces difficultés, plus de ces précautions que les personnes étrangères à l'observation seront tentées de regarder comme minutieuses.

Les règles du droit commercial exigent un autre caractère. Destinées à régir des transactions sur une échelle fort étendue, elles doivent avoir une influence plus universelle et se placer en harmonie avec les grandes habitudes commerciales. La garantie qu'elles offrent doit être égale pour l'étranger comme pour les nationaux ; car, autant que ceux-ci, l'étranger contribue au crédit du commerce et aux transactions qui l'entretiennent et le développent.

En matière civile, c'est ordinairement la chose qu'on suit ; en matière de commerce, c'est presque toujours la personne. Conséquemment les confondre dans une législation unique, c'est compromettre l'une ou l'autre ;

c'est tout au moins risquer de ne pas leur accorder une garantie assez efficace pour faire face à leurs besoins réels.

3. — Il faut donc au commerce des règles particulières et spéciales dont le caractère est nettement indiqué par le but qu'elles doivent se proposer et atteindre. Ce qui fait la puissance du commerce, c'est la promptitude des transactions, la rapidité de la circulation, la sûreté du crédit ; les institutions destinées à le régir doivent donc s'attacher à rendre les transactions faciles, en déterminant leur forme et leurs effets d'une manière simple mais positive, à donner au crédit une garantie inviolable, à dégager la circulation de tous les obstacles susceptibles d'en ralentir la marche, à préférer enfin, dans les moyens à adopter, ceux dont l'application est la plus prompte et la moins dispendieuse. Le succès du commerce est à ce prix.

4. — Nous n'avons pas à chercher loin de nous la preuve de l'influence de la législation sur le commerce et l'industrie. Notre histoire en est l'enseignement le plus énergique et le plus décisif.

L'un et l'autre se sont développés fort tard en France. Il est vrai qu'ils commencèrent à se montrer sous le règne de Charlemagne. Nous voyons en effet ce monarque entretenir des relations amicales avec le roi de Perse pour la sûreté du commerce français. De plus, il accueillit les Italiens qui portaient leur industrie dans ses états ; il contint les Danois qui exerçaient

la piraterie la plus horrible sur l'Océan Germanique. Les fabriques, qui jusque là n'avaient existé que dans les cloîtres, se répandirent dans les campagnes.

Mais ces lueurs se dissipèrent à sa mort. La division de ses vastes états, les dissensions civiles, la faiblesse de ses successeurs, l'irruption des Normands, l'absence de la force qui protège ou réprime, anéantirent le peu d'industrie qui avait commencé à germer sous ce règne puissant et protecteur. Deux siècles d'agitation et de ténèbres achevèrent de détruire tout ce que ce grand roi avait laissé de lumières et d'institutions sociales.[1]

Aussi, malgré la découverte du nouveau monde, qui avait rendu si nécessaire la multiplicité des échanges, malgré les découvertes successives que le seizième siècle vit se réaliser et qui accrurent encore la masse des richesses, la France demeura dans une infériorité marquée vis-à-vis des autres nations et surtout de la Hollande, de l'Espagne, de Venise, de l'Italie. Ces nations avaient des comptoirs partout où elles avaient pu pénétrer; leurs vaisseaux couvraient de leur pavillon l'Océan, la Méditerranée et la Mer Noire, tandis que les pirates dévastaient encore les côtes de France.

Il n'y avait dans la France ni commerce ni industrie. Comment en aurait-il été autrement dans un pays où ces deux institutions, véritables artères de la prospérité publique, étaient non-seulement délaissées par le législateur, mais encore tenues dans une sorte de mépris

[1] Chaptal, *de l'Industrie française*, tom. I, pag. XXXV.

qui en écartait la noblesse et les gens riches, jaloux de la copier.

Cependant, et au commencement du dix-septième siècle, on s'aperçut des funestes conséquences qu'un pareil état des choses entraînait. Une tentative de réforme fut essayée. Mais, par suite du préjugé, on laissa à l'écart les gens du métier. C'est aux grands noms qu'on demanda un projet de législation, et comme en pareille matière rien ne saurait suppléer à l'expérience pratique, cet essai ne produisit rien. Les choses restèrent ce qu'elles étaient longtemps encore.

Enfin surgirent le règne de Louis XIV et le ministère de Colbert. Le génie de l'un et de l'autre ne tarda pas à leur faire comprendre que le commerce peut seul assurer la prospérité d'une grande nation. Concevoir cette pensée, c'était comprendre la nécessité d'assurer l'avenir commercial de la France.

Voici ce que firent ce grand roi et ce grand ministre :

Les savants les plus célèbres, les manufacturiers les plus habiles furent attirés dans le royaume. Par ce moyen, la France fut dotée de Van-Robais, pour la draperie fine ; de Hindret, pour la bonneterie ; Huyghens, pour les mathématiques ; Winslow, pour l'anatomie ; Cassini, pour l'astronomie ; Roëmer, pour la physique.

On appela dans nos ports le commerce étranger que des vexations de tous genres en avaient exilé ; on ouvrit des relations avec des pays qui jusque là nous avaient été presque inconnus ; on créa des compagnies pour faire pénétrer notre pavillon chez les nations les plus éloignées.

Que seraient devenues toutes ces précautions, si leur efficacité n'avait eu pour garantie une législation destinée, par la consécration de leur principe, à en éterniser la durée, à en assurer les effets? C'est ce doute qui inspira la pensée de placer leur succès sous l'égide de dispositions appropriées aux besoins qu'elles avaient pour objet de satisfaire.

Cette pensée conçue, Colbert se garda bien d'imiter son prédécesseur. Le soin de réglementer la matière commerciale devait être laissé à la pratique et à l'expérience. La commission instituée pour préparer la réforme projetée par ce grand ministre compta dans son sein, à côté de quelques noms illustres, les jurisconsultes les plus éminents, les commerçants les plus notables.

Ce qui résulta de cette réunion, des recherches et des travaux de tous ces hommes d'élite fut : pour notre commerce intérieur, l'ordonnance de 1673; pour notre commerce extérieur, celle de 1681.

5. — L'impulsion que ces deux immortels monuments de législation imprimèrent au commerce et à l'industrie de la France est suffisamment indiquée par les résultats. Les artistes les plus célèbres de l'Europe, dit M. Chaptal, apportèrent, de toute part, leur industrie, parce qu'ils trouvaient protection et encouragement. En moins de 20 années, la France égala l'Espagne et la Hollande pour la belle draperie; le Brabant pour les dentelles; l'Italie pour les soieries; Venise pour les glaces; l'Angleterre pour la bonneterie; l'Allemagne

pour le fer blanc et les armes blanches ; la Hollande pour les toiles.[1]

Bientôt même nos produits se firent remarquer par leur perfection. Introduits sur tous les marchés, ils purent braver toute concurrence. Notre marine, portant notre pavillon et nos marchandises sur tous les points du globe, le disputa à celle des nations les plus puissantes. Notre commerce extérieur acquit de proportions telles, qu'en 1789 encore la balance de ses opérations soldait à notre profit par une somme de 60 millions.

Et cependant que de crises la France n'eut-elle pas à traverser avant d'arriver à cette dernière et suprême épreuve. Colbert n'étaut plus là, des inspirations funestes prévalurent, et la révocation de l'édit de Nantes enrichit l'étranger de nos meilleurs ouvriers. Les malheurs de la guerre, l'embarras des finances, les dilapidations de l'agiotage le plus effréné furent autant de périls qui auraient probablement submergé notre commerce, si la force protectrice de la législation ne l'eût préservé.

6. — Ce n'étaient pas là cependant les seuls ennemis que cette législation eût à combattre. Les ordonnances, qui dès leur apparition prirent place dans les Codes des nations les plus commerçantes et devinrent l'élément essentiel de leur jurisprudence, celle de 1673 notamment récélait dans son sein un germe pouvant lui devenir funeste. Le génie de Colbert était digne de com-

[1] *De l'Industrie française*, pag. xliij.

prendre et de proclamer que la liberté et la concurrence sont l'âme du commerce. Il ne l'osa pas cependant, soit qu'il pensât que, tout étant à créer, il importait de veiller sur les premiers pas que la nation allait faire dans la voie qu'il lui traçait, soit que les besoins du trésor lui parussent trop impérieux pour lui permettre de sacrifier une branche considérable de ses ressources ordinaires. Il consacra donc le maintien des maîtrises et jurandes.

Il n'est pas d'institution qui ait plus que celle-là suscité des appréciations diverses et surtout diamétralement opposées. Pour les uns, les maîtrises et jurandes avaient le tort grave de violer un droit naturel et sacré, en faisant du commerce un odieux privilége, un injuste monopole; de rejeter ainsi forcément et de maintenir dans la misère une foule de gens dont le tort unique consistait à ne pas posséder par devers eux les moyens de se soumettre aux rigueurs d'un long et improductif apprentissage, ou de subvenir aux frais énormes nécessités par l'obtention de la maîtrise; de s'opposer à toute perfection, à tout progrès, par la rigoureuse et stricte exécution des règlements de fabrication; de concentrer enfin entre quelques mains privilégiées le sort non-seulement des commerçants, mais encore des consommateurs, aucune concurrence ne pouvant efficacement combattre l'exagération du prix de revente.

Pour les autres, au contraire, les maîtrises et jurandes étaient une institution tellement utile, que la pensée de les détruire devait être effrayante. C'est par elles qu'on avait obtenu l'ordre admirable qui régnait dans

le commerce; elles étaient l'origine des développements importants qu'il avait reçus, de la perfection qui recommandait si universellement ses produits. Les faire disparaître, c'était donc s'exposer à faire évanouir cette perfection, rendre au commerce cet état languissant dont Colbert l'avait heureusement tiré, ouvrir la porte à tous les abus, à toutes les fraudes; c'était porter un coup funeste à l'agriculture, car la facilité de se soutenir dans les grandes villes avec le plus petit commerce ferait déserter la campagne et considérer les travaux laborieux de la culture des terres comme une servitude intolérable, en comparaison de l'oisiveté que le luxe entretient dans les cités; c'était enfin compromettre le trésor public et donner naissance à de nouveaux impôts pour remplacer les ressources assurées qu'offrait l'organisation des communautés.

7. — Nous sommes admirablement placés pour apprécier sainement les objections des uns et les craintes des autres. L'expérience du régime de liberté absolue, substitué à celui des maîtrises et jurandes, a définitivement résolu le problème. Et, disons-le tout de suite, ce n'est pas en faveur de ces dernières. Ce résultat était inévitable, s'il est vrai que l'institution des maîtrises fut, dans son origine, bien moins dans l'intérêt général du commerce que dans l'intérêt individuel de quelques personnes, que dans celui surtout des finances de l'Etat. Or, la vérité de cette démonstration s'induit des causes qui la firent naître et maintenir pendant si longtemps. L'édit de 1776 va nous les révéler.

Lorsque les villes commencèrent à s'affranchir de la servitude féodale et à se former en communes, la facilité de classer les citoyens par le moyen de leur profession introduisit un usage inconnu jusqu'alors. Les différentes professions devinrent comme autant de communautés particulières dont la communauté générale était formée. Les confréries religieuses, en resserrant encore les liens qui unissaient les personnes d'une même profession, leur donnèrent des occasions plus fréquentes de s'assembler et de s'occuper dans ces réunions de l'intérêt commun des membres de la société particulière, qu'elles poursuivirent, avec une activité continue, au préjudice de la société générale. Bientôt chaque communauté rédigea ses statuts, et, sous différents prétextes du bien public, les fit autoriser par la police.

Les termes de ces statuts ne permettent pas de méconnaître la pensée qui les dictait. Leur base était d'abord d'exclure du droit d'exercer le commerce tout ce qui n'était pas membre de la communauté; leur esprit général tendait à restreindre, le plus possible, le nombre des maîtres, en rendant l'obtention de la maîtrise d'une difficulté presque insurmontable pour tout autre que les enfants des maîtres actuels. De là la multiplicité des frais des formalités de réception; les difficultés du chef-d'œuvre, toujours jugé arbitrairement; la longueur et la cherté des apprentissages, la servitude prolongée du compagnonage, l'un et l'autre n'ayant d'autre objet que de faire jouir gratuitement les maîtres, pendant plusieurs années, du travail et des labeurs des aspirants.

C'était, on le voit, une féodalité nouvelle se substituant à celle des seigneurs, sur une base d'autant plus odieuse qu'elle avait les conséquences les plus révoltantes. Ainsi les citoyens n'ayant d'autre propriété que leur travail et leur industrie se voyaient privés de la faculté, disons mieux, du droit d'y puiser la plus naturelle, la plus légitime des ressources.

Non contents, en effet, des épreuves, des dépenses, des difficultés imposées aux postulants, certains statuts rendaient la profession inabordable, même à ce prix. Les uns excluaient de la maîtrise tous autres que les fils des maîtres ou l'époux de la veuve de l'un d'eux; d'autres rejetaient tous ceux qu'ils qualifiaient d'étrangers, par cela seul qu'ils étaient nés dans une autre cité.

Dans un grand nombre de communautés, il suffisait d'être marié pour qu'on ne pût même être admis à l'apprentissage.

Enfin, on avait été jusqu'à exclure les femmes des métiers les plus convenables à leur sexe. Ainsi, il leur était interdit de se livrer à la broderie, si ce n'est pour le compte des maîtres qui les employaient.

Ce n'est pas tout encore. Le monopole établi, il était utile d'en assurer le maintien par la proscription absolue de toute éventualité de concurrence. De là les règles les plus dures contre les forains d'abord, contre les membres mêmes des communautés ensuite. Sous prétexte de l'avantage qu'il y aurait à bannir du commerce des marchandises qu'elles supposaient mal fabriquées, les diverses communautés demandèrent pour elles-mêmes des règlements d'un nouveau genre, tendant à

prescrire la qualité des matières premières, leur mode d'emploi et de fabrication. Ces règlements, dont l'exécution fut confiée aux officiers des communautés, donnèrent à ceux-ci une autorité leur conférant la faculté absolue, non pas seulement d'écarter les forains, mais encore d'assujettir les maîtres à l'empire des chefs, de les contraindre, par la menace incessante d'une poursuite pour des contraventions supposées, à ne jamais séparer leur intérêt de celui de l'association, et par conquent à devenir forcément les complices de toutes les manœuvres que l'esprit de monopole inspirait aux chefs et aux principaux membres de la communauté.

Ainsi celui qui aspirait à devenir commerçant rencontrait au début la nécessité d'abdiquer toute dignité et d'accepter le plus absolu, le plus dur servage. Pendant cet apprentissage, dont la durée dépendait de l'unique volonté du patron, qui pouvait même le rendre indéfini en faisant repousser le chef-d'œuvre devant le terminer, il ne retirait aucun profit, aucun avantage personnel; parvenait-il à la maîtrise, les ressources qu'il aurait si utilement consacrées à son établissement se trouvaient absorbées par les dépenses énormes qu'il devait subir; pendant la durée de sa profession, il était enchaîné à la volonté et aux passions des chefs de sa communauté. A la moindre velléité d'indépendance, on répondait par la saisie de ses marchandises, par leur destruction, soit pour prétendu défaut de qualité de la matière première, ou pour vice de fabrication, ce qui était dans le cas de déterminer sa ruine immédiate.

En d'autres termes, les maîtrises et jurandes n'étaient

que de vastes coalitions violant, à l'égard de leurs propres membres, toutes les idées d'équité et de justice; dangereuses pour le public, en maintenant le prix des marchandises au taux arbitraire que l'intérêt des coalisés faisait seul établir.

8. — Comment se fait-il donc qu'un pareil état de choses ait pu si longtemps se maintenir? Les règlements de fabrication avaient d'abord été nécessaires pour établir, généraliser et consolider les bonnes méthodes. Mais ils ne pouvaient condamner à tout jamais le progrès. Ceux que le *statu quo* favorisait pouvaient seuls soutenir le contraire. Mais ils devaient craindre qu'on s'aperçût enfin de la vérité, et que leur intérêt seul ne fût pas une raison suffisante pour perpétuer l'erreur qui leur était si avantageuse.

Ils eurent donc l'adresse non-seulement d'intéresser l'Etat, mais encore de le lier par un véritable contrat. Jusque là, par un abus étrange, le droit au travail avait été *seigneurial et féodal*, ils le supposèrent *royal et domanial*, et soutinrent qu'il pouvait être vendu par le prince, acheté par les sujets. Mettant immédiatement cet axiome en pratique, les communautés achetèrent la sanction de leurs règlements; elles consentirent même à en payer la confirmation à chaque changement de règne. Bientôt de nouveaux privilèges devinrent un nouveau sujet d'impôt, une nouvelle ressource pour l'Etat. Une fois établi, cet impôt eut le sort de tous les autres, c'est-à-dire que l'Etat n'oublia rien de ce qui pouvait

en augmenter la consistance et en rendre la perception plus fructueuse.

On ne se contenta plus du simple droit de confirmation. On confirma les corporations déjà établies, on en créa de nouvelles.

Un édit rendu par Henri III, en décembre 1581, donna à l'institution des maîtrises et jurandes l'étendue et la force d'une législation générale, établit les arts et les métiers en corporations et communautés dans toutes les villes et lieux du royaume, assujettit à la maîtrise tous les artisans. L'édit de 1597 en aggrava les dispositions, en imposant à tous les marchands la même loi qu'aux artisans.

Enfin l'édit de mars 1673, en ordonnant l'exécution des deux précédents, ajouta, au nombre des communautés déjà existantes, d'autres communautés encore inconnues, et, en en augmentant le nombre, multiplia la matière de l'impôt.

En un mot, toutes les fois qu'une dépense trouvait le trésor dans l'impossibilité d'y pourvoir, on s'en procurait le moyen par la création de corporations. C'est ce qui résulte énergiquement de ce passage des Mémoires du duc de Saint-Simon : « Le conseil est dans la « nécessité d'établir des maîtrises nouvelles *à cause* « *du mariage du roi.* »

Lorsque les créations successives eurent épuisé la matière, et qu'il fut impossible d'en imaginer de nouvelles, le zèle des financiers ne s'arrêta pas; ils surent se procurer de nombreuses ressources en créant pour chaque corporation, et sous diverses dénominations, des

offices destinés à être mis en vente et qu'on obligeait les corporations à acquérir. Puis, suivant la politique financière de la vénalité qui a été si longtemps la ressource journalière des contrôleurs généraux, on révoquait tous ces offices ; on renvoyait à l'arriéré la liquidation de l'indemnité due à ceux qui les avaient achetés; et le lendemain on recréait les mêmes charges pour les vendre soit à d'autres, soit aux mêmes, moyennant une nouvelle finance.

Les corporations, contentes d'obtenir le privilége exclusif de leur profession, faisaient face à toutes ces charges, avec d'autant plus de facilité que, devenant un des éléments de la détermination du prix de revente, elles ne pesaient réellement que sur les consommateurs. Ajoutons qu'on finit même par porter atteinte à ce privilége exclusif. En effet, en 1767, le roi vendit à tous ceux qui se présentèrent pour les acheter, étrangers ou Français, des brevets qui, sans toucher aux maîtrises, en tenaient lieu.

9. — Turgot avait donc raison de le dire. C'est d'une part l'esprit de monopole, de l'autre l'appât de ces moyens de finance qui a prolongé l'illusion sur le préjudice immense que l'existence des maîtrises et jurandes causait à l'industrie elle-même, sur l'atteinte qu'elle portait au droit naturel et à l'intérêt public. C'est en effet le besoin du trésor qui est principalement invoqué dans les remontrances que le parlement de Paris adressait à l'occasion du décret de février 1776.

Ce monument de législation honore à jamais l'illus-

tre ministre qui le proposa et l'infortuné monarque qui le revêtit de sa signature. Les abus qu'il avait pour objet de détruire y sont vivement retracés, et la réfutation des objections que ce but soulève y est noblement et énergiquement exprimée.

Nous avons déjà rappelé qu'on s'efforçait de faire considérer comme royal et domanial le droit au travail, pour en déduire que le prince pouvait le vendre et que les sujets devaient l'acheter.

« Non, répondait l'édit. Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme, et cette propriété est la première, la plus sacrée, la plus imprescriptible de toutes.

« Nous regardons donc comme un des premiers devoirs de notre justice et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité. Nous voulons en conséquence abroger ces institutions arbitraires qui ne permettent pas à l'indigent de vivre de son travail; qui repoussent un sexe à qui sa faiblesse a donné plus de besoins et moins de ressources, et semblent, en le condamnant à une misère inévitable, seconder la séduction et la débauche; qui éloignent l'émulation et l'industrie, et rendent inutiles les talents de ceux que les circonstances excluent de l'entrée d'une communauté; qui privent l'Etat et les arts de toutes les lumières que les étrangers y apporteraient; qui retardent le progrès des arts, par les difficultés multipliées que rencontrent les inven-

teurs auxquels les différentes communautés disputent le droit d'exécuter des découvertes qu'elles n'ont pas faites; qui, par les frais immenses que les artisans sont obligés de payer pour acquérir la faculté de travailler, par les exactions de toute espèce qu'ils essuyent, par des saisies multipliées pour de prétendues contraventions, par les dépenses et dissipations de tout genre, par les procès interminables qu'occasionnent entre toutes ces communautés leurs prétentions respectives sur l'étendue de leurs priviléges exclusifs, surchargent l'industrie d'un impôt énorme, onércux aux sujets, sans aucun fruit pour l'Etat; qui, enfin, par la facilité qu'elles donnent aux membres de ces communautés de se liguer entre eux, de forcer le membres les plus pauvres à subir la loi des plus riches, deviennent un instrument de monopole et favorisent des manœuvres dont l'effet est de hausser, au-dessus de leur proportion naturelle, les denrées mêmes les plus nécessaires à la subsistance du peuple. »

On ne cessait de se récrier contre un système de liberté absolue. Rendre le commerce accessible à tous, ajoutait-on, c'est l'exposer à une prompte décadence par l'infériorité des productions désordonnées dont on ne pourra se défendre, et contre laquelle il n'y aura plus de protection.

« Nous ne serons point arrêté dans cet acte de justice, répondait l'édit, par la crainte qu'une foule d'artisans n'usent de la liberté rendue à tous pour exercer des métiers qu'ils ignorent, et que le public ne soit inondé d'ouvrages mal fabriqués. La liberté n'a point produit

ces fâcheux effets dans les lieux où elle est établie depuis longtemps. Les ouvriers des fauboargs et des autres lieux privilégiés ne travaillaient pas moins bien que ceux de l'intérieur de Paris. Tout le monde sait d'ailleurs combien la police des jurandes, quant à ce qui concerne la perfection des ouvrages, est illusoire, et que tous les membres des communautés étant portés par l'esprit de corps à se soutenir les uns les autres, un particulier qui se plaint se voit presque toujours condamné, et se lasse de poursuivre, de tribunaux en tribunaux, une justice plus dispendieuse que l'objet de sa plainte. »

10. — Devant une pareille volonté, devant un pareil but, devant un tel langage, il semble qu'on ne devait rencontrer partout que des témoignages d'adhésion et de reconnaissance. Il n'en fut pas ainsi cependant. La résistance des parlements ne put être vaincue. L'enregistrement de l'édit ne fut obtenu qu'à la suite d'un lit de justice reçu à cette occasion en mars 1776.

Comme toujours, l'opposition de ces grands corps se dissimula sous le manteau de l'intérêt public et général. C'était au nom du trésor, au nom du commerce imprudemment menacé et compromis, que l'avocat-général Séguier, dans la séance même du lit de justice, combattait cet acte éclatant de réparation et d'équité. Mais c'était ailleurs que gisait le motif réel de cette opposition. Pour combler le vide qu'allait laisser la suppression des maîtrises, Turgot avait imaginé l'impôt foncier.

Cet impôt, observait l'avocat-général, allait atteindre le clergé et la noblesse, il s'agissait donc pour l'un et pour l'autre de se dérober à ses atteintes.

Rendre cet impôt inutile était une manière nouvelle d'atteindre à ce résultat. Or, comment arriver à le faire considérer comme tel, plus péremptoirement que par le maintien de celui qu'il était destiné à remplacer. Il est donc permis de croire que l'opposition du parlement tenait beaucoup plus à son désir d'empêcher l'établissement de l'impôt foncier qu'à sa conviction de l'utilité du maintien des maîtrises et jurandes.

11. — Quoi qu'il en soit, il est certain que l'effet de cette opposition priva la France d'une réforme dont le bénéfice était ardemment sollicité par tout ce qui n'était pas intéressé à la conservation d'une institution surannée et abusive. L'effet du lit de justice se fit à peine sentir dans la ville de Paris. Cependant la semence jetée par le grand ministre ne demeura pas sans fruits. Bien que la mesure qu'il avait fait prendre ne survécût pas à son pouvoir éphémère, quoique à peine six mois se fussent écoulés que déjà on avait rétabli les corporations, l'institution, blessée au cœur par les vérités que Turgot avait publiées, ne put recouvrer son ancien prestige et son antique force. *Les jurandes ne reprirent qu'une existence passagère, vain simulacre de ce qu'elles avaient été autrefois.*[1]

Il était réservé à l'Assemblée constituante d'accomplir

[1] Dupont de Nemours, *Mémoires sur la vie de Turgot*, t. I, p. 362.

la tâche que Turgot s'était vainement proposée. La loi du 2-17 mars 1791 proclama le grand principe de la liberté absolue du commerce, en déclarant qu'il était libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouverait bon, à la condition de se munir d'une patente.

Soixante ans de ce régime n'ont pas manqué de prouver toute la justesse des espérances que Turgot avait conçues et toute la puérilité des craintes qu'affectaient ses adversaires. Loin de nuire au développement de notre commerce, au perfectionnement de notre industrie, la liberté leur a imprimé à l'un et à l'autre un plus puissant, un plus rapide essort. Malgré les bouleversements sociaux qu'elle a dû traverser, malgré les crises nombreuses et terribles qui l'ont assaillie, la France s'est placée à la tête des nations manufacturières et commerçantes.

12. — L'ordonnance de 1673 n'était donc pas parfaite. De plus, elle laissait plusieurs lacunes que l'expérience avait signalées. Un projet de modification avait même été conçu sous le règne de Louis XVI, mais ce projet, préparé par M. de Miroménil, tomba dans l'abandon et l'oubli par la retraite de ce ministre.

Mais les institutions dont la révolution avait doté la France rendaient cette modification inévitable. La législation de 1673 était devenue insuffisante. A chaque pas, d'ailleurs, son application était entravée par des institutions nouvelles, avec lesquelles elle ne pouvait être en harmonie.

13. — C'est surtout dans les temps où les tempêtes et les convulsions politiques ont amené le relâchement de tous les liens sociaux, où il faut tout raffermir ou plutôt tout reconstruire, que le commerce éprouve le besoin d'une législation franche et sévère, capable de lui rendre ses allures normales et de le maintenir dans la voie du progrès. Heureusement le génie appelé à protéger notre patrie avait trop d'intelligence pour ne pas saisir l'importance de cette mission, trop de puissance réelle pour ne pas la mener à bonne fin. Aussi, à peine le calme succédait-il à l'orage que, par un décret du 13 germinal an IX, les consuls instituèrent une commission chargée de la refonte de notre législation commerciale, et de rédiger le projet d'un Code de commerce. Comme en 1673, cette commission compta parmi ses membres, et même en majorité, les plus notables commerçants de l'époque.

On ne se contenta même pas de l'appel fait à leur expérience pratique. Le projet de la commission ayant été présenté au gouvernement, un décret du 14 frimaire an X en ordonna l'impression et l'envoi à tous les tribunaux et chambres de commerce, aux tribunaux d'appel et à celui de cassation.

Les observations des uns et des autres furent soigneusement recueillies. Soumises à la commission, elles firent introduire dans le projet diverses modifications. Le travail de celle-ci, définitivement arrêté, parvint à la section de l'intérieur, qui le présenta titre par titre à la discussion du conseil d'Etat, sections réunies.

14. — La commission avait divisé son projet en trois parties, comprenant : la première, les lois régissant le commerce en général ; la seconde, celles relatives au commerce maritime en particulier ; la troisième, celles concernant les faillites et les tribunaux de commerce.

Cette division fut attaquée dans le sein du conseil d'Etat. On proposa de retrancher du Code de commerce tout ce qui était relatif au commerce maritime. Les règles, soit administratives, soit judiciaires, le concernant, disait-on, appartiennent, par leur nature et par le fait, beaucoup plus au droit des gens. Pourquoi, donc, en confondre une partie avec les lois du commerce intérieur? Ne serait-il pas préférable d'imiter le législateur de 1681, et de les conserver toutes dans un Code unique?

On répondait que la proposition pourrait être fondée si la commission avait abordé la question politique de la compétence des tribunaux maritimes, ou la question administrative de la police des ports. Mais, faisait-on observer, elle s'en est soigneusement abstenue, obéissant en cela à l'esprit des constitutions, divisant ce qui est relatif à la justice distributive et ce qui concerne l'administration; que la loi de 1790, restreignant le mandat absolu conféré aux amirautés, avait rendu aux tribunaux de commerce la partie de la justice distributive pour le commerce extérieur; qu'il y aurait donc plus tard à examiner s'il y avait lieu de conserver les amirautés; mais qu'en attendant, et pour embrasser toute la matière du Code, il fallait bien aller jusqu'aux

règles du commerce maritime, sans lequel le commerce de terre est beaucoup moins étendu.

Ces raisons prévalurent. La proposition fut rejetée, et la division adoptée par la commission maintenue.

Il est donc vrai de dire que, dans la préparation de notre législation commerciale, rien de ce qui était susceptible de lui faire atteindre le plus haut degré de perfection n'a été négligé. Pour les origines, c'est la commission qui nous l'apprend, on ne s'est pas contenté de recourir aux ordonnances de 1673 et 1681, on a été les puiser dans la législation, dans les usages qui les avaient précédés, soit en France, soit chez les nations les plus commerçantes. Pour la détermination des principes, on a voulu profiter de l'expérience théorique en recourant aux lumières des magistrats des Cours d'appel et de la Cour de cassation; de l'expérience pratique, en appelant les observations du commerce tout entier, légalement représenté par les tribunaux, chambres et conseils de commerce. Rien donc n'a été oublié pour rendre les prescriptions de la loi telles que l'exigent les besoins et les intérêts qu'il fallait satisfaire et protéger.

15. — Quant à son esprit, il est facile d'en juger par le but que s'est proposé le Code; par la manière dont ses auteurs ont entendu leur mission. On ne peut mieux apprécier ce qu'est le Code de commerce et la manière dont on doit en diriger l'application, qu'en se rappelant ce que le législateur a voulu qu'il fût. Or, à cet égard, nous ne pouvons que nous borner à rappeler

quelques paroles du rapporteur de la section de l'intérieur, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély.

Après avoir rappelé qu'à travers les orages que nous venions de traverser, les mœurs de la nation en général, les mœurs commerciales en particulier avaient subi de profondes altérations, qu'elles n'étaient même pas encore fixées, l'orateur ajoute :

« Il est d'une haute importance de les saisir dans ce moment d'oscillation; de les arrêter dans des habitudes heureuses, honorables; de les diriger, osons le dire, de les ramener vers cette loyauté, cette bonne foi dont nos grandes places de commerce furent l'antique berceau, et dont elles conservent de nobles modèles.

« Il est d'une haute importance de fondre dans un système commun les usages et la jurisprudence de la métropole et des pays réunis; de faire disparaître l'influence de ces arrêts de règlement émanés des parlements, et qui formaient une seconde législation au sein de la législation primitive; d'effacer la trace des règles établies par les coutumes locales, par les lois municipales, premier bienfait et dernier inconvénient de notre législation civile.

« Il est d'une haute importance que les lois commerciales de France conviennent également au commerce de consommation des vastes cités; au commerce spéculateur des grands entrepôts; au commerce industriel des grandes fabriques; à la navigation immense des grands ports; au cabotage actif des petites rades; aux marchands de toile de Courtrais, de Gand, de Brétagne, de Maine-et-Loire, et aux fabriques de soierie de

Lyon et de Tours; à ceux qui font tisser la laine à Elbeuf, à Sédan, à Louviers, à Vervins, et à ceux qui font tisser le coton à Tarare, à Rouen, à Alençon, à Paris, à Troyes.

« Il est d'une haute importance que le Code de commerce soit rédigé dans des principes qui lui préparent une influence universelle; dans des principes qui soient adoptés par toutes les nations commerçantes; dans des principes qui soient en harmonie avec les grandes habitudes commerciales qui embrassent et soumettent les deux mondes.[1] »

Voilà ce que devrait être le Code de commerce; voilà ce que le législateur a voulu qu'il fût. Est-ce là ce qu'il est réellement? C'est à l'expérience acquise par son fonctionnement, c'est aux monuments de la jurisprudence qu'il faut demander la solution de cette question. Dans tous les cas, ce qu'il importe de remarquer, c'est que c'est là ce qu'il devrait être. En conséquence, résoudre dans ce sens les difficultés d'application que son texte peut soulever, c'est évidemment se conformer à la véritable pensée du législateur.

16. — L'étude de la législation commerciale se recommande non-seulement aux magistrats et aux jurisconsultes, mais encore à tous les commerçants. C'est en la méditant que chacun d'eux appréciera sainement l'étendue de ses obligations et de ses droits, et parvien-

[1] Corps législatif, séance du 1er septembre 1807; — Locré, t. XVII, pag. 57.

dra à se tracer une règle de conduite très honorable et très sûre.

C'est par cette étude que les négociants honorés de la mission d'appliquer la loi et de siéger dans les tribunaux de commerce se mettront à même d'atteindre à la hauteur du devoir qu'ils ont à remplir, et de justifier la confiance dont ils ont été investis.

Malheureusement les soins qu'exigent les affaires commerciales sont trop absorbants pour que ceux qui y sont voués puissent consacrer à l'étude du droit tout le temps qu'elle nécessiterait. On doit donc s'efforcer de simplifier cette étude pour les mettre à même de profiter utilement des courts instants qui leur sont laissés. Ce résultat serait un véritable service pour l'intérêt général lui-même.

Le moyen, à notre avis, existe dans la méthode si justement réhabilitée par M. Troplong, et sur laquelle il a jeté tant de lustre par ses immortels ouvrages. Un traité général, quelque parfait qu'il soit, et nous en avons de ce genre sur la matière commerciale, offre toujours quelque chose d'abstrait, exige des recherches plus ou moins longues, parce que la solution qu'on désire y rencontrer ne résulte que de principes disséminés dans plusieurs titres. Le commentaire, au contraire, groupe sous un seul article toutes les difficultés que son application peut faire naître, concentre l'attention et permet de saisir d'un seul coup d'œil l'ensemble des principes et les solutions qu'ils doivent recevoir.

C'est cette conviction, c'est l'espoir de contribuer à familiariser le commerce avec les règles qui en sont l'é-

lément le plus essentiel qui nous a fait prendre la plume et aborder une laborieuse tâche. Puisse l'indulgence qu'ont rencontrée quelques faibles productions ne pas manquer à celle-ci. Puissent surtout nos efforts appeler dans la même voie quelques-uns de ces grands noms qui ont jeté tant de vives et éclatantes lumières sur le droit civil en général, et sur quelques titres du Code de commerce en particulier.

LIVRE PREMIER

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

Titre I. — Des Commerçants.

ARTICLE Ier

Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

SOMMAIRE.

17. La nécessité de bien définir la qualité de commerçant résulte des obligations, des devoirs et des droits dont cette qualité est la source.
18. Motifs du silence que le législateur de 1673 avait gardé à cet égard.
19. Termes dans lesquels l'article 1er avait été conçu par la commission. Motifs qui le firent repousser.
20. Renvoi aux articles 632 et 633 de la nomenclature des actes de commerce, formant l'article 2 du projet primitif.
21. Leur relation intime avec l'article 1er.
22. Ce qui les distingue de celui-ci.
23. Conditions exigées par ce dernier pour être réputé commerçant. Nature de la première.
24. L'acte de commerce doit avoir été exercé dans un but de spéculation et de profit.

25. Conséquences pour celui qui se livrerait à cet exercice comme mode d'administrer sa fortune personnelle.
26. Ou pour celui qui n'achèterait des marchandises que pour son usage.
27. Cet usage est toujours présumé pour les achats faits par un non-commerçant. Conséquences quant au billet à ordre causé valeur en marchandises.
28. Ou pour celui dont la profession exige cet exercice.
29. Caractère de la seconde condition exigeant la profession habituelle.
30. L'habitude résulte de l'établissement public.
31. Le doute ne pourrait naître que lorsque l'habitude aurait été contractée sans que rien n'annonçat publiquement la profession de commerçant.
32. C'est dans ce but que l'expression *profession habituelle* a été substituée à celle de *profession principale*, qui figurait au projet primitif.
33. Effet de l'exercice habituel, même en cas d'incompatibilité dans la profession acquise.
34. A qui appartient le droit de le constater ? Quels en sont les éléments ?
35. Effets de la prise ou de l'absence de la patente.
36. Affinité entre la profession des artisans et celle des commerçants.
37. A quelles conditions devra-t-on mettre les premiers sur la même ligne que les derniers ?
38. Différence entre l'ouvrier travaillant à la façon et n'employant que le secours d'un compagnon ou apprenti et celui qui en occupe un plus ou moins grand nombre.
39. Faut-il assimiler à celui-ci celui qui, n'ayant pas d'atelier, fait travailler ses ouvriers dans leur propre domicile ?
40. Résumé.
41. Dans quelle catégorie faut-il placer l'ouvrier qui, travaillant peu, n'achète la matière première qu'au fur et à mesure des commandes qu'il reçoit.
42. Opinion de M. Pardessus le rangeant dans la classe des simples artisans.

43. Réfutation.
44. Les mêmes principes doivent faire résoudre la question à l'endroit des artisans revendeurs.
45. Le débitant de tabac peut-il être rangé dans la catégorie des commercants ?
46. *Quid* du maître de poste ?
47. Applications diverses de la maxime que l'acte commercial en lui-même doit avoir pour but la spéculation.
48. Examen de diverses hypothèses où la qualité de commerçant a été prise ou acceptée.
49. *Première hypothèse*. Prise de qualité dans le contrat dont l'exécution est poursuivie. Controverse sous l'ancien droit.
50. Etat de la doctrine sous l'empire du Code, relativement à la contrainte par corps.
51. A l'endroit de la compétence consulaire.
52. Conclusion.
53. Arrêt contraire de la Cour de Paris. Opinion de MM. Dalloz et Coin-Delisle à cet égard.
54. Réfutation de l'opinion de ce dernier, exigeant que la preuve d'une autre profession soit toute faite à l'audience.
55. Le titre renfermant la qualification de commerçant doit être le fait exclusif du débiteur. Conséquences si cette qualification n'existe que dans le corps de l'acte non écrit par lui.
56. L'exception de non commercialité de la personne peut être opposée pour la première fois en appel. Dans quel cas ?
57. *Deuxième hypothèse*. Prise de qualité dans des actes ou dans des procédures. Opinion de M. Pardessus.
58. Distinction, suivant qu'il s'agit de tiers ou du débiteur lui-même.
59. Effets par rapport aux tiers.
60. Par rapport au débiteur, s'il a pris la qualité par lui-même ou par son mandataire légal.
61. *Quid* si cette qualité lui a été donnée par l'autre partie.

17. — Les obligations générales ou spéciales imposées aux commerçants, la nature de la juridiction à laquelle ils sont déférés, le mode d'exécution de leurs engagements, enfin les règles exceptionnelles auxquelles est soumise leur déconfiture, faisaient au législateur commercial un devoir rigoureux de déterminer à quels caractères on devait reconnaître l'existence de cette qualité. Accomplir ce devoir, tel a été le but de l'article 1er du Code de commerce.

18. — On chercherait vainement une disposition analogue dans notre ancienne législation. Ce silence de l'ordonnance de 1673 notamment, s'explique d'une manière fort naturelle. Sans doute, sous son empire, il convenait de ne pas confondre le commerçant avec celui qui ne l'était pas, mais aucun doute ne pouvait naître à cet égard. Cette qualité était à cette époque un privilége s'acquérant au prix de dépenses que nous avons dit être considérables. Elle résultait forcément de l'admission à la maîtrise, et nul autre que les membres des communautés organisées ne pouvait exercer le commerce.

La loi n'avait donc pas à définir le commerçant. Elle acceptait comme tel celui qui en avait acquis la qualité par son admission dans une des communautés commerçantes.

L'abolition des maîtrises et jurandes a fait de l'exercice du commerce le droit commun de la France. Cette innovation commandait de déterminer à quelles conditions on serait censé avoir usé de ce droit; dans quels cas on serait soumis à la juridiction consulaire, obligé avec contrainte par corps, et au besoin déclaré en état de faillite.

Notre article était donc une conséquence naturelle et forcée du régime de liberté sous lequel la France se trouvait placée relativement au commerce. Il était surtout nécessité par le motif qu'on ne pouvait permettre à celui qui en avait recherché les avantages d'en répudier les charges.

19. — Dans le projet préparé par la commission, l'article 1er rappelait le principe déjà proclamé par la loi de 1791, à savoir : qu'il était libre à toutes personnes de se livrer au commerce. L'article 2 donnait immédiatement la nomenclature des actes réputés commerciaux.

Dans la discussion au conseil d'Etat, on demanda la suppression de ce premier article. Les principes sur la liberté du négoce, faisait-on observer, ne sont à leur place que dans un Code politique. D'ailleurs, il n'est pas exactement vrai que toute personne ait, en France, le droit de faire le commerce, puisqu'il existe encore

des professions incompatibles avec ce droit; enfin, ajoutait M. Bégouen, l'article est d'autant moins nécessaire, qu'il est de principe que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis.

20. — Quant à la nomenclature des actes commerciaux ou réputés tels, on la considéra comme n'étant pas à sa place dans cette partie du Code. Se référant principalement à la compétence des tribunaux de commerce, il parut plus convenable de la renvoyer au titre régissant cette matière. Elle a été classée sous les articles 632 et 633.

Mais chacun convenait de l'utilité immense qu'il y avait à fixer, dès le premier pas, ce qui concernait la qualité de commerçant. Il importait d'éviter toute difficulté pouvant surgir à cet égard. Il fallait surtout que celui qui se serait livré réellement au commerce ne pût se soustraire à la législation spéciale, même sous le prétexte d'incompatibilité de ses fonctions. La disposition actuelle fut donc substituée à celle de la commission.

21. — Malgré la place assignée à la nomenclature des actes de commerce, on ne saurait méconnaître la relation intime qui lie l'article 1er avec les articles 632 et 633 qui la renferment. On peut dire avec vérité que l'application du premier forcera de recourir à la disposition de ceux-ci. En effet, la qualité de commerçant étant le résultat de la profession habituelle d'actes

de commerce, il faudra toujours rechercher si ceux dont on veut la déduire rentrent ou non dans les actes réputés tels par la loi.

22. — Ce qui distingue ces trois dispositions, c'est que la profession habituelle dont s'occupe l'article 1er ne sera utile que dans les questions de compétence générale et personnelle; que relativement à la présomption légale édictée par l'article 638, et à l'application des lois de la faillite. Mais la connaissance d'un litige, à l'occasion d'un fait de commerce, n'en appartient pas moins au tribunal de commerce. Quel que soit l'auteur, la condamnation ne sera pas moins prononcée avec contrainte par corps. Or, c'est pour régler cette compétence purement matérielle, que les articles 632 et 633 ont pris place dans le Code.

Cependant l'article 1er peut, même à ce point de vue, avoir un effet important. Il est, en effet, tels actes qui n'empruntent leur commercialité qu'à la personne elle-même. Ainsi les billets à ordre ne sont réputés actes de commerce que s'ils sont souscrits par des commerçants. Il est vrai qu'il suffit qu'ils soient revêtus de la signature de commerçants, pour que le tribunal consulaire prononce compétemment entre les signataires qui ne le sont pas. Mais, dans ce cas même, la profession habituelle d'actes de commerce pourrait être opposée avec succès à celui qui se placerait dans cette dernière catégorie, puisque son existence entraînerait la contrainte par corps, que le tribunal ne pourrait pas prononcer autrement.

Dans cette hypothèse donc, comme dans celle de l'article 638, comme dans celle de déconfiture, la qualité acquise de commerçant pourra avoir les plus graves conséquences. Sa détermination intéressera non-seulement les parties, mais encore les tiers, la femme du débiteur elle-même. Cette détermination ne pourra se faire que par une intelligente et saine application de l'article que nous examinons.

23. — Or, cet article exige deux conditions : 1° exercice d'actes de commerce ; 2° exercice constituant la profession habituelle.

La première de ces conditions n'est pas de nature à soulever de bien graves difficultés. Les actes exercés rentrent-ils dans une des catégories des articles 632 et 633 ? C'est dans cette unique question que semblerait devoir se concentrer un litige de la nature de celui que nous supposons.

24. — Mais il importe de remarquer que ce n'est pas tout de se livrer matériellement à des actes réputés commerciaux. On doit en outre, pour que cet exercice puisse conférer la qualité de commerçant, exiger qu'il ait été réalisé dans un but de spéculation et pour se procurer des bénéfices éventuels. L'acte de commerce exécuté dans l'administration de ses propres affaires, sans autre esprit que de réaliser ses revenus ou ses ressources, ne pourrait donc, quelque répété, quelque habituel qu'il fût, constituer la qualité de commerçant.

25. — Ainsi, un individu ayant des fonds à toucher à des époques fixes ou indéterminées, sur des places fort éloignées de son domicile, tire sur ses débiteurs ou sur le mandataire entre les mains duquel ils ont payés. Il se procure ainsi sur la localité qu'il habite, et par la voie du change, les ressources qu'il serait obligé d'aller chercher au loin.

Evidemment la réalité du contrat de change imprime à chacune de ces opérations le caractère commercial. Aussi si l'un des mandats, lettre de change ou simple billet, revient impayé, le tribunal de commerce sera compétent pour juger la demande en remboursement, et le tireur pourra être condamné avec contrainte par corps. Mais la profession habituelle de ces opérations ne fait pas acquérir la qualité de commerçant, car, dégagées de toute idée de lucre ou de trafic, ces opérations ne peuvent constituer qu'un mode de gestion. Prises ensemble ou séparément, elles n'ont de commercial que la forme. Elles ne sont, au fond, que des actes d'administration d'une fortune personnelle que chacun est libre de diriger de la manière la plus convenable à ses intérêts. Il en serait de même si, au lieu d'avoir à retirer, on avait à payer sur d'autres places. Les opérations de banque réalisées à cet effet, à moins que la dette à acquitter ne fût contractée à l'occasion d'une transaction commerciale, n'ont de commercial que la forme. Il serait par trop étrange qu'on pût devenir commerçant par cela seul que, débiteur ou mandataire chargé de recouvrer les revenus d'un tiers,

on le solderait de ce dont on lui est redevable au moyen d'une opération de banque.[1]

26. — L'achat habituel de marchandises pour son usage personnel ne conférerait pas non plus la qualité de commerçant. Indépendamment de l'absence de tout esprit de négoce ou de trafic, il y a dans cette hypothèse une raison décisive, à savoir : qu'en la forme même, cet acte n'a rien de commercial. Aux termes de la loi, l'achat de marchandises ne revêt ce caractère que lorsqu'il est contracté en vue de la revente. Conséquemment, celui qui n'achète que pour ses besoins personnels ne fait qu'un acte ordinaire de la vie commune, qui ne le soumet même pas à la juridiction consulaire.

27. — Il y a même mieux, le non-commerçant achetant des marchandises n'est présumé le faire que pour son usage personnel. Par application de cette présomption, on a justement décidé que le tribunal de commerce est incompétent pour connaître d'un billet à ordre souscrit par un non-commerçant, quoique causé valeur en marchandises, alors qu'il n'est pas justifié qu'il ne les a achetées que pour les revendre.[2]

28. — Enfin, il est des personnes pour lesquelles

[1] Pardessus, *Droit comm.*, n[os] 12 et 79 ; — Merlin, *Rép.* v° *Comm.*, n° 9 ; — Orillard, *Comp. des trib. de comm.*, n° 144.

[2] Nouguier, *Lettres de ch.*, t. I, pag. 513 ; — Angers, 11 juin 1824 ; Lyon, 26 fév. 1829 ; Paris, 19 mars 1831.

l'exercice habituel d'actes de commerce n'est que la conséquence des fonctions qu'elles sont appelées à remplir. Tels sont les payeurs, receveurs, percepteurs et autres comptables des deniers publics. On comprend dès-lors que tant que cet exercice se renferme dans les limites qui leur sont tracées, il ne puisse être susceptible de leur conférer la qualité de commerçant. Mais ils n'en sont pas moins justiciables du tribunal de commerce pour chaque fait commercial.

Du jour où sortant de ces limites et dans un but de trafic, ils multiplieront les actes de commerce, l'immunité qu'ils puisent dans l'exercice de leurs fonctions cessera de les protéger. Devenus, par la multiplication des actes de commerce extra-légalement accomplis, de véritables commerçants, ils seront soumis à toutes les obligations, à tous les devoirs résultant de cette qualité. Ils pourront conséquemment être déclarés en état de faillite.

29. — La seconde condition exigée par la loi, à savoir : l'exercice constituant la profession habituelle, était indiquée par la raison. Il n'est peut-être pas d'individu qui n'ait, dans le cours de sa vie, participé à un ou plusieurs actes de commerce, souscrit quelques lettres de change, opéré quelques négociations avec des capitalistes ou banquiers. Faire dépendre la qualité de commerçant de la commercialité de ces actes plus ou moins nombreux, plus ou moins rapprochés les uns des autres, c'était s'exposer à n'avoir plus que des commerçants dans toutes les classes de la société.

30. — D'autre part, il faut bien se garder d'équivoquer sur le sens de l'expression *profession habituelle* dont se sert le législateur. On serait tenté, en effet, de lui reprocher d'avoir employé une locution impropre, puisque la profession implique nécessairement l'habitude. Mais l'intention de la loi n'a pas été de s'occuper de la qualité de commerçant, acquise par un établissement patent et public. Elle n'avait pas même à le faire, car aucune difficulté ne pouvait être prévue dans une pareille hypothèse.

Comment, en effet, douter de la qualité de commerçant de celui qui prendrait enseigne et boutique ; ouvrirait un magasin ; annoncerait, par affiches, circulaires ou tout autre mode de publicité, qu'il entend exercer telle profession commerciale, débiter telles marchandises ; qui obtiendrait de l'administration les autorisations exigées pour certains genres de commerce, et paierait les contributions qui s'y rattachent. Peu importerait en pareil cas que l'auteur de cet établissement vendît peu ou beaucoup. Il est prêt à le faire dès que l'occasion s'en présentera ; il en a pris l'engagement formel et public. A quoi bon, dès-lors, recourir à des présomptions. La vérité ne résulte-t-elle pas éclatante d'un pareil ensemble de faits ? La qualité de commerçant n'est-elle pas suffisamment indiquée ?[1]

31. — Le doute ne pouvait naître que lorsqu'en l'absence de tout établissement, ou bien en présence

[1] Pardessus, *Droit comm.*, *loco citato* ; — Nouguier, n° 143.

d'une profession étrangère ou incompatible, il s'agirait de rechercher si le débiteur est ou non devenu commerçant. C'est principalement cette difficulté que le législateur a eu en vue, et qu'il a voulu résoudre par la disposition de l'article 1er.

32. — Ce qui le prouve, c'est que l'expression *profession habituelle* fut substituée à celle de *profession principale* dont s'était servi le projet soumis à la discussion. Ce qui fit admettre cette substitution fut précisément la remarque que si on maintenait les termes du projet, on donnerait lieu aux individus, conciliant l'habitude des actes de commerce avec une profession quelconque, de soutenir que celle-ci était leur profession principale, ce qui ne manquerait pas, dans bien de cas, d'embarrasser les tribunaux.[1]

33. — Ainsi, quelle que soit la profession qu'on exerce, fût-elle même légalement déclarée incompatible avec le commerce, l'habitude des actes commerciaux imprime à celui qui s'y livre la qualité de commerçant, lui en impose les obligations et les devoirs, lui rend commune la législation régissant la faillite. C'est par application de ces principes que non-seulement des receveurs d'enregistrement, des conservateurs des hypothèques, mais encore des avocats, des notaires, des huissiers se sont vu judiciairement imprimer le caractère de faillis.[2]

[1] Locré, *Esprit du Cod. de comm.*, art. 1er, n° 2.
[2] V. *notre Comm, de la loi des faillites*, art. 437.

L'habitude est donc pour tous ce que l'établissement public est pour le commerçant avéré. Réunissant les mêmes circonstances, elle doit produire un effet identique. Mais ce qui n'est pas contestable pour celui-ci, le devient au contraire très fort pour celle-là. L'habitude, en effet, est une de ces abstractions qui ne peuvent obéir à aucune règle positive et invariable.

34. — Sa constatation est donc forcément laissée à l'arbitrage du juge dont la décision, en fait, a une autorité souveraine. Les éléments de son appréciation peuvent être utilement puisés dans la nature des faits, leur caractère, leur objet; dans leur multiplicité, dans la rapidité et la fréquence de leur succession. Autre chose seraient, en effet, des actes de commerce réalisés à des époques voisines les unes des autres, autre chose ceux séparés entre eux par de longs intervalles. Quelque nombreux qu'eussent été ces derniers, on pourrait les considérer comme des actes isolés, sans liaison nécessaire entre eux et, conséquemment, incapables de constituer la profession habituelle. Enfin la notoriété publique, l'opinion générale, dont le fondement repose sur des notions habituelles, pourraient être utilement consultées.

35. — La loi assujettissant le commerçant à la patente, il semble qu'on devrait trouver dans l'existence ou l'absence de celle-ci un élément de décision lorsqu'il s'agit de la qualité de commerçant. Le contraire est cependant admis, et dès que la certitude de la pro-

fession habituelle d'actes de commerce est démontrée et acquise, le défaut de patente est fort indifférent, et ne fait nul obstacle à ce que son auteur soit déclaré commerçant.[1]

Que la patente puisse être considérée comme un signe de commercialité lorsqu'elle a été prise, cela se comprend, car le consentement à la payer indique au moins l'intention de se livrer au commerce. Mais, même dans cette hypothèse, son existence ne devient efficace que si elle est accompagnée de l'exercice effectif d'actes de commerce. Si l'existence de la patente suffisait pour conférer la qualité de commerçant, il faudrait admettre qu'elle déterminerait à elle seule la commercialité des actes, ce qui est inadmissible. Ainsi, l'acte non-commercial pour le non-patenté, reste tel pour le patenté lui-même. C'est ce que la Cour de Metz a décidé en jugeant, le 24 novembre 1840, que le propriétaire d'une ardoisière ne peut être réputé commerçant, bien qu'il façonne lui-même des ardoises et qu'il ait pris une patente.[2]

En résumé donc, la prise de la patente ou son défaut ne donne ni n'enlève la qualité de commerçant. Cette qualité s'acquiert d'abord par la profession publique de marchands, négociants, banquiers, fabricants. Elle s'acquiert encore par l'exercice habituel d'actes réputés commerciaux par les articles 632 et 633 du Code de commerce, à la condition toutefois que cet exercice

[1] Cass., 24 juin 1828 ; — V. Pardessus, n° 84 ; — Orillard, n° 142.
[2] *J. D. P.*, t. II, 1841, pag. 512.

se réalise dans un esprit de spéculation et de lucre, qu'on ne puisse le confondre avec le mode d'administration de ses propres affaires, et qu'il ne soit pas une conséquence nécessaire des fonctions qu'on exerce.

36. — Il est des professions ayant avec le commerce de telles affinités, qu'il est assez difficile de décider si ceux qui les exercent doivent être ou non réputés commerçants. De ce nombre est celle des artisans de tout genre. Occupons-nous d'abord des industriels ou ouvriers appelés à confectionner une matière quelconque.

Le louage d'œuvre et d'industrie ne constitue pas une profession commerciale. Mais, comme toutes les autres, elle est dans le cas d'offrir l'occasion de se livrer à des actes de commerce dont l'exercice habituel doit, dans toutes les hypothèses, faire acquérir la qualité de commerçant.

37. — Cette considération signale une observation d'une utilité incontestable, lorsqu'il s'agit de savoir si un ouvrier quelconque est ou non-commerçant. Ce n'est pas à proprement parler l'industrie qu'il faudra considérer. Ce qui est essentiel et important, c'est de consulter le développement que cette industrie a reçu entre les mains de l'ouvrier.

Pourquoi un fabricant acquiert-il la qualité de commerçant? Parce qu'il achète la matière première pour la revendre après l'avoir fabriquée. Il est évident que si l'artisan remplit de son côté la même condition, il doit arriver à un résultat identique.

Dès-lors l'ouvrier, quel qu'il soit, qui n'a jamais travaillé qu'à la façon, sur des matières qui lui sont fournies par le maître, n'a jamais acquis la qualité de commerçant. L'acte qu'il a accompli n'est qu'un simple louage d'œuvre et d'industrie dont la fréquente répétition, dont l'habitude même ne pouvait produire un résultat contraire, par la raison décisive que cet acte n'a au fond et par lui-même rien de commercial.

Celui, au contraire, qui fournit la matière sur laquelle il travaille, a acquis, par l'habitude qu'il en a contractée, la qualité de commerçant. En effet, il n'a pu le faire qu'en se mettant en mesure, par des achats successifs, de remplir les commandes qu'il est dans le cas de recevoir.

Peu importerait même que dans plusieurs circonstances il se fût contenté de fournir son industrie en façonnant les matériaux fournis par celui avec qui il aurait traité. Quelques fréquentes que fussent ces occasions, constituassent-elles une profession, elles ne feraient nul obstacle à ce qu'on le considérât comme commerçant, s'il était convaincu de s'être livré habituellement à des actes de commerce. La loi, en effet, n'exige pas que leur exercice soit exclusif. Conséquemment, l'achat de matière pour la revendre après l'avoir ouvrée étant un acte de commerce, l'habitude qu'en aurait contractée l'artisan le rangerait sous l'empire de l'article 1er que nous examinons.

La preuve, au reste, que chez le fabricant véritable la qualité de commerçant tient moins à son industrie qu'aux actes de commerce dont elle est l'occasion, nous

est fournie par cette règle dont l'application ne rencontre aucune contradiction, à savoir : que celui qui se bornerait à fabriquer ses propres produits, pour les revendre ensuite, ne ferait pas même un acte de commerce. C'est ce que la Cour de Metz décidait dans l'arrêt que nous avons cité, pour le propriétaire d'une ardoisière. C'est ce que la Cour de Douai consacrait, le 21 juillet 1830, en faveur du fabricant de sucre de betterave n'exploitant que ses propres récoltes.

On a été plus loin encore. On n'a pas hésité à assimiler à ce propriétaire celui qui ne se livre à la préparation des matières, ou à l'achat pour revendre, que pour satisfaire aux exigences de sa profession. Ainsi, sans contestation aucune, le pharmacien est considéré comme commerçant. Eh bien ! il est admis que l'officier de santé, dans une localité où il n'existe pas de pharmacien ; que le médecin ou chirurgien de campagne, préparant ou achetant, pour les revendre, des médicaments, ne faisait pas un acte commercial, s'il se bornait à les fournir aux malades près desquels il est appelé. [1]

Il suit de ce qui précède que le louage d'industrie ne devient acte de commerce que lorsqu'il s'exerce sur une échelle assez vaste pour constituer une entreprise de manufactures ; qu'ainsi l'ouvrier qui n'achète pas la matière première, mais dont l'industrie consiste à rendre confectionnée, moyennant salaire, la matière qu'on lui confie, doit être considéré comme un simple arti-

[1] Carré, t. VII, pag. 151 ; — Toulouse, 6 mars 1843 ; — *J. D. P.*, t. 1, 1845, pag. 334.

san n'ayant jamais pu acquérir la qualité de commerçant. [1]

38. — Ce résultat ne saurait être empêché par cela seul que cet artisan se ferait assister dans la confection par un compagnon ou un apprenti à ses gages. Un pareil concours serait insuffisant pour faire perdre à l'acte son caractère de simple louage d'industrie. [2] Devrait-il en être autrement si l'artisan à la façon, ayant un atelier considérable, employait habituellement un grand nombre d'ouvriers?

Oui sans doute, car dans cette hypothèse l'industrie de l'ouvrier serait assimilée à une entreprise de manufactures. Son caractère commercial ressortirait du profit qu'il retire du travail de ses ouvriers sur lequel il spécule. Il devrait donc être considéré comme commerçant. [3]

39. — En serait-il de même si les nombreux ouvriers employés par l'artisan travaillaient chacun dans son domicile? Non, dit M. Coin-Delisle. Il n'y a là que l'acte d'un ouvrier qui en fait travailler d'autres, et qui reloue à un prix plus élevé des services qu'on lui a loués pour un moindre prix, c'est un artisan plus aisé, si l'on veut, que ceux qu'il emploie, mais ce n'en est pas moins un simple artisan. [4]

[1] Cass., 2 décembre 1836; — *J. D. P.*, t. I, 1837, pag. 620.

[2] Carré, pag. 179; —Vincens, *Lég. comm.*, t. I, pag. 144; —Orillard, n° 149.

[3] Pardessus, t. I, n° 81.

[4] *De la contrainte par corps*, p. 79.

Mais n'y a-t-il pas une grande différence entre celui qui loue sa propre industrie, et celui qui ajoute à celle-ci la location de l'industrie d'autrui ? Que le premier ne soit qu'un simple artisan, on le conçoit. Il ne perçoit que le juste salaire de son travail. Mais le second est un véritable entrepreneur à la façon, car, à l'aide de ses ouvriers, il se charge de travaux au-delà de ce qu'il pourrait faire s'il était réduit à ses propres forces, et il retire un profit du travail de ceux qu'il emploie.

La loi l'a tellement jugé ainsi que, par des dispositions répétées, elle défère, en premier ressort, aux prudhommes et, par appel, aux tribunaux de commerce les difficultés s'élevant entre maîtres et ouvriers dans l'hypothèse même qui nous occupe.[1] Eût-elle fait de même, si le contrat intervenu entre eux ne lui avait pas paru un acte essentiellement commercial ! Et si cet acte est légalement considéré comme tel, l'habitude de son exercice ne doit-elle pas conférer la qualité de commerçant ?

D'autre part, il y a réellement entreprise de manufactures dans la convention par laquelle l'une des parties s'engage à exécuter l'ouvrage qui lui est commandé par l'autre avec une matière fournie, moyennant une rétribution stipulée, ou qui, à défaut de la convention, doit être déterminée par experts. La condition que la matière soit fournie par celui envers qui l'ouvrier s'engage est essentielle; autrement le contrat serait une

[1] Loi du 18 mars 1806; — décret des 11 juin 1809, 3 août 1810, 7 août 1810.

vente de matière travaillée.[1] Si cette opinion ne peut, ainsi que nous l'avons vu, concerner celui qui ne loue que son propre travail, elle est exacte pour celui qui spécule sur le travail d'autrui. La convention, dans ce cas, n'étant plus un simple louage d'industrie, mais bien l'acte d'un entrepreneur de travaux.

Ainsi, commercial des ouvriers aux maîtres, l'acte l'est également de celui-ci à celui envers lequel il s'engage. La qualité de commerçant doit donc nécessairement en résulter.

40. — En résumé, dès qu'il s'agit de décider si un ouvrier, un artisan, à quelque profession qu'il appartienne d'ailleurs, a ou non acquis la qualité de commerçant, on doit se référer au mode dans lequel il a exploité son industrie.

Il est commerçant, s'il a habituellement fourni tout ou partie de la matière sur laquelle il a travaillé. Les achats auxquels il a dû se livrer, à cet effet, rentrent dans la catégorie de ceux dont s'occupe l'article 632, et dont l'exercice habituel confère la qualité de commerçant.

Cette conséquence ne reçoit qu'une seule exception, à savoir : lorsque la partie fournie par l'ouvrier est tellement minime, tellement accessoire, qu'il serait déraisonnable de lui faire produire le moindre effet. C'est ainsi qu'on ne pourrait, sans une sévérité outrée, considérer comme commerçant le tailleur qui ne fournit

[1] Voy. Pardessus, n° 35.

que le fil ou la soie pour la confection des habillements qu'il fait à la façon; le menuisier fournissant des clous pour l'assemblage des meubles.

A plus forte raison ne considérerait-on pas comme tel l'ouvrier exclusivement voué à confectionner la matière qui lui est fournie par le propriétaire. Alors, en effet, le contrat ne constituera qu'un simple louage d'œuvres et d'industrie qui, n'ayant rien de commercial en lui-même, ne saurait faire acquérir, quelque habituel qu'il eût été, la qualité de commerçant.

Mais cette règle subit à son tour une exception lorsque l'ouvrier à façon, entrepreneur de confection, emploie de nombreux ouvriers sur le travail desquels il spécule. Son industrie constituant une véritable entreprise de manufactures, son exercice habituel le constituera commerçant.

41. — Ces notions simples, claires et positives, paraissant de nature à prévenir toute sérieuse difficulté, n'ont pas cependant empêché la controverse de s'établir sur une question qui, à notre avis, en était peu susceptible.

On s'est demandé s'il fallait les appliquer aux artisans qui n'achètent et ne fabriquent la matière première dont ils ont besoin qu'au fur et à mesure des commandes qui leur sont faites; qui ne travaillent que pour pouvoir subvenir à leurs besoins les plus urgents et à ceux de leur famille; si, par suite, il ne conviendrait pas de ne donner la qualité de commerçant qu'aux artisans qui, avec les matières achetées et le secours des ou-

vriers qu'ils emploient, fabriquent des objets qu'ils livrent à des débitants, ou qu'ils tiennent exposés en magasin ou en boutique, en un mot, qui font travailler à l'avance pour vendre ou débiter à tout venant, et à ceux qui, sans acheter des matières premières pour les revendre travaillées, tiennent des ateliers où ils emploient, à confectionner celle qu'on leur remet à cette fin, des ouvriers qu'ils dirigent et salarient, et sur le travail desquels ils spéculent?

La nécessité d'une distinction entre les uns et les autres était indiquée, en 1811, par une circulaire du ministre de la justice. Mais, en supposant cette distinction équitable, est-elle juridique et acceptable en droit?

42. — M. Pardessus penche pour l'affirmative. Il y aurait, dit-il, plus de subtilité que de raison à prétendre que le plus ou moins ne change rien à la question; qu'elle doit être la même pour celui qui achète un peu de matières premières pour les revendre façonnées, comme à l'égard de celui qui en achète de grandes quantités, et par conséquent fabrique et vend un plus grand nombre de choses.

43. — Mais pourquoi la question ne doit-elle pas être la même? L'unique raison qu'en donne M. Pardessus, c'est qu'on distingue entre l'artisan travaillant à façon qui n'emploie qu'un ouvrier, et celui qui en emploie plusieurs, et que l'acte, commercial pour celui-ci, ne l'est pas pour l'autre. Mais il est évident qu'entre

cette hypothèse et celle sur laquelle nous raisonnons, il n'y a aucune assimilation fondée.

En effet, l'artisan peut devenir commerçant sous un double rapport: ou par l'achat et la revente, ou par une entreprise de manufactures constituée par la spéculation sur le travail d'ouvriers loués à cet effet.

Celui qui travaille à façon, qui, par conséquent, se borne à louer son industrie, n'entre pas dans la première catégorie. Devra-t-il être compté dans la seconde, par cela seul qu'il aura à ses côtés un compagnon ou un apprenti? Non bien certainement, car le concours de celui-ci ne saurait constituer l'entreprise de manufactures. Son industrie, purement accessoire, se confond avec celle du maître, restant la matière principale du contrat. A son tour, la spéculation de celui-ci, réduite à un seul, n'a ni l'importance ni le caractère que doit offrir une entreprise commerciale.

Mais la spéculation revêt l'un et l'autre lorsqu'elle a pour objet un grand nombre d'ouvriers occupés d'une manière continue et apparente. Leur emploi offre un bénéfice considérable, indépendamment de celui que le maître est en droit d'obtenir de son industrie personnelle. C'est l'obtention de ce bénéfice qui constitue la spéculation et qui lui donne le caractère éminemment commercial.

En réalité donc, le premier ne fait pas ce que fait le second, et l'on comprend dès-lors une distinction entre eux, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi commerciale.

En est-il de même entre celui qui achète peu et celui qui achète beaucoup? Evidemment non, car le premier

ne fait, quoique sur une échelle plus restreinte, que ce que fait le second, à savoir : des actes de commerce nombreux et répétés. Ici, la différence porte non plus sur la qualité de l'acte, mais sur sa quotité. Comment, dès-lors, conférer à l'un la qualité de commerçant et la refuser à l'autre, à moins de trouver dans la loi une disposition faisant dépendre la commercialité de l'achat pour revendre, non plus du fait lui-même, mais du prix de ce qui en fait la matière.

Nous comprendrions qu'on opposât le moins lorsque, s'agissant d'établir la qualité de commerçant, la question d'habitude professionnelle se présente à résoudre. Que cette solution soit négative lorsque les actes sont peu importants, éloignés les uns des autres, soit ! C'est là une appréciation abandonnée à l'arbitrage souverain du juge, entièrement libre d'admettre ou de rejeter. Mais une fois l'habitude professionnelle reconnue, on ne peut en changer les conséquences à raison du plus ou moins d'importance des actes commerciaux, sans s'exposer à substituer l'arbitraire à la règle précise et formelle, tracée par la loi.

Aussi la distinction dont s'agit est-elle repoussée par la doctrine la plus généralement enseignée. Le plus ou moins, dit notamment M. Orillard, ne doit rien changer à l'état de la question. Le marchand qui attend en vain les acheteurs, qui ne vend pas ses marchandises, n'en est pas moins commerçant. L'artisan qui ne fabrique pas ou qui fabrique peu, faute de commandes, ne doit pas moins être commerçant. Si l'un et l'autre demeurent oisifs, c'est par une circonstance indépendante de

leur volonté. Tous les deux ont ouvert leur magasin et leur atelier pour se livrer à des spéculations plus ou moins heureuses, mais qui ont toutes un caractère commercial. Concluons donc que l'artisan, dont la profession est de vendre, après l'avoir travaillée, la matière qu'il achète dans cette intention, est commerçant dans toute la force du terme, soit qu'il n'achète qu'au fur et à mesure de ses besoins, soit qu'il fasse des approvisionnements. La loi ne distingue pas. Y a-t-il habitude? Voilà toute la question.[1]

C'est à cette conclusion que nous n'hésitons pas à nous ranger. Elle a, à nos yeux, le mérite incontestable de se conformer exactement à la loi, d'interpréter et d'appliquer sainement les articles 1 et 632 du Code.

Ainsi l'achat pour revendre, soit en nature soit après confection, celui d'une chose quelconque pour en louer l'usage, est une circonstance décisive dans l'appréciation de la qualité de l'artisan. Il confère celle de commerçant dès que son exercice s'élève aux proportions d'une habitude.

44. — C'est également par l'application de cette règle qu'on devra régir une multitude d'autres professions, pour lesquelles d'ailleurs la difficulté est d'autant moindre qu'en général l'achat pour revendre ou pour louer constitue leur caractère principal et essentiel. Telles sont celles de pharmaciens, boulangers, bou-

[1] N° 148; — Carré, t. VII, pag. 129; — Vincens, *Lég. comm.*, t. I, pag. 126.

chers, hôteliers, restaurateurs, cafetiers, etc. La jurisprudence, qu'on peut consulter dans nos recueils, tend chaque jour à lever tous doutes à cet égard, en ne voyant que de véritables commercants dans les uns et dans les autres.

45. — Mais il est encore des professions dont la détermination diversement appréciée a amené des décisions diamétralement opposées. Telles sont notamment la profession de débitant de tabacs et celle de maître de poste. Déclarées commerciales par les uns, elles ont paru à d'autres exclusives de ce caractère. Que doit-il en être en réalité?

En fait, il paraît difficile de voir dans un débitant de tabacs, exploitant exclusivement le bureau dont il est titulaire, un commerçant dans l'acception que la loi attache à ce terme. La Cour de Colmar fait avec juste raison remarquer, dans son arrêt du 30 juillet 1814, que, régis par une législation spéciale, les débitants de tabacs sont sans cesse qualifiés de simples préposés; qu'ils sont soumis aux visites et à la surveillance de la régie; qu'ils sont astreints à un cautionnement, révocables à volonté, et formellement dispensés de la patente.

Il est vrai que la plupart de ces caractères conviennent également aux maîtres de poste, que nous verrons bientôt devoir être réputés commerçants. Il est vrai encore que pour les maîtres de poste leur salaire est, comme le prix de la revente des tabacs, fixé par un tarif. Mais la différence énorme qui, dans ces deux hypothèses, existe pour le mode d'achat, ne pouvait être

méconnue, ni rester sans influence sur la solution de notre question.

Ainsi le débitant de tabacs est, pour l'achat, dans une dépendance absolue de l'administration. La matière sur laquelle il opère n'est exposée à aucune des chances commerciales de hausse ou de baisse; il ne peut même opérer un approvisionnement plus ou moins considérable; c'est au fur et à mesure des besoins de son débit que, hebdomadairement ou mensuellement, la denrée lui est fournie, et toujours contre espèce.

Tout cela, dit la Cour de Metz, n'empêche pas que le débit ne soit pour le buraliste un objet de spéculation, une occasion de profit. Donc il constitue un acte de commerce. [1]

Il n'y a en réalité aucune spéculation possible dans la revente d'une chose dont le prix est, comme celui d'achat, déterminé d'une manière invariable par la loi. Or, comme le débitant de tabacs paye la marchandise au prix qu'il la revend, cette revente ne lui produirait aucun bénéfice si, dans le but d'écouler ses produits, le gouvernement ne lui avait assuré une commission et une remise pour le *trait de balance.*

Est-ce là, nous le demandons, un profit commercial? Ce qui constitue ce profit, c'est l'excédant qu'offre la vente sur le prix de revient de la matière et les frais de fabrication. Or, cet excédant, seul le gouvernement le retire, seul il peut le retirer. Seul, en effet, il achète la matière première, seul il la fabrique, seul il détermine

[1] 28 janvier 1817.

le prix de la revente. L'aléa de l'opération lui demeure donc tout exclusif; exclusivement aussi il en retire le bénéfice commercial dont l'importance sera plus ou moins considérable, selon qu'il achètera la matière première plus ou moins cher.

Ce que retire le débitant n'est donc pas un profit commercial. Les commissions et remises qu'il perçoit ne sont que le juste et légitime salaire des peines et soins qu'il consacre à la revente. En réalité donc l'engagement reste, envers le gouvernement et le public, un louage d'œuvres et d'industrie, n'ayant aucun caractère commercial ni dans son origine, ni dans l'exécution.[1]

Ce résultat n'étant atteint que parce que, dans cette exécution, le débitant est dans l'impuissance de contracter envers le public un engagement relatif aux matières qu'il revend, il est incontestable qu'il serait tout autre si, concurremment avec son débit de tabacs, il exploitait un autre genre d'industrie, un débit de liqueurs, par exemple, ou celui d'articles de mercerie. L'un et l'autre, en effet, ont un caractère commercial évident. En faire sa profession habituelle, serait donc acquérir la qualité de commerçant.

Faut-il, dans ces circonstances, s'arrêter à la nature des objets vendus? Faut-il dire avec la Cour de Bruxelles, dans un de ses arrêts, que la vente de pipes et de briquets est un tel accessoire du débit de tabacs qu'elle ne saurait en altérer la valeur? Cela ne nous paraît pas acceptable en droit pur. Mais comme des questions de

[1] Colmar, 30 juillet 1814; — Bruxelles, 6 mars et 5 mai 1813.

ce genre offrent sans cesse à résoudre si l'acte est ou non commercial; comme, en fait, un acte revêtant ce caractère pour l'un est susceptible de ne pas le revêtir pour l'autre; comme enfin, sur ce point, l'appréciation du juge est souveraine et sans limite, l'espèce sur laquelle la Cour de Bruxelles a été appelée à statuer peut bien justifier la solution qu'elle a reçue.

46. — Le maître de poste est-il commerçant? Non, a répondu la même Cour, par arrêt du 30 avril 1812. Ce qui le fait ainsi décider, c'est que les maîtres de poste sont des employés du gouvernement, remplissant leurs fonctions d'après des règles particulières d'administration, et à raison desquelles ils sont soumis à la surveillance du pouvoir administratif; qu'ils sont dispensés de la patente; qu'enfin aucun des actes de commerce énoncés dans l'article 632 du Code de commerce ne se trouve en rapport avec la qualité de maître de poste.

Nous venons de le dire, il y a entre les maîtres de poste et les débitants de tabacs une grande assimilation. En réalité, les uns et les autres sont des employés du gouvernement. Nous avons cependant noté une grande différence dans l'achat de la matière sur laquelle ils opèrent.

Le gouvernement qui fournit tout aux uns ne fournit rien aux autres. Le maître de poste demande donc à la voie ordinaire tout ce qui est nécessaire à son service en chevaux, harnais, foins, avoines, etc.... Il est, pour l'achat des uns et des autres, un véritable spéculateur à même de profiter des chances commerciales de hausse

ou de baisse. En effet, libre de s'adresser à qui il lui plaît, il peut choisir le moment qui lui conviendra le mieux, acheter des quantités considérables, s'approvisionner en temps favorable, revendre même en cas de hausse, et rendre ainsi plus importants les bénéfices qu'il retire du louage dont seul il a le monopole.

Notons bien que tous ses achats n'ont pas d'autre objet que ce louage même. Est-il donc exact de dire qu'aucun des actes de l'article 632 n'est en rapport avec son industrie? Sans doute il n'achète pas habituellement pour revendre, mais il achète pour louer. Ce dernier acte, aux termes de l'article 632 lui-même, constitue, comme le premier, l'acte de commerce. Cela est évident pour le voiturier, pour l'entrepreneur des transports. Pourquoi donc ne l'admettrait-on pas pour le maître de poste? Sans doute il y a entre eux une différence, mais, à notre avis, la Cour d'Orléans l'a nettement caractérisée en disant que l'entrepreneur de transport, que le voiturier était un commerçant ordinaire, tandis que le maître de poste était un commerçant privilégié.

Reste la qualité d'employé du gouvernement. Mais si cette qualité peut être prise en considération dans plusieurs hypothèses, il ne faudrait pas en conclure qu'elle est décisive dans toutes les circonstances. Ainsi, dit M. Pardessus, celui qui obtient du gouvernement l'exercice exclusif de telle espèce d'industrie, que l'utilité publique n'a pas permis de laisser à la libre disposition des intérêts individuels, comme est le maître de poste aux chevaux, ne pourrait prétendre que les

achats de fourrages et autres objets de son exploitation ne sont pas actes de commerce.[1]

C'est à cette doctrine que paraît se ranger la jurisprudence. Ainsi la Cour d'Orléans, qui avait admis le contraire le 23 avril 1812, est revenue de son opinion en consacrant l'opinion de Pardessus, par arrêt du 21 février 1837. C'est dans le même sens que se sont prononcées les Cours de Bordeaux et de Paris.[2]

47. — Nous terminerons à l'endroit de l'exercice habituel des actes de commerce, en rappelant une règle dont l'exacte application importe à la saine interprétation des articles 1 et 632 du Code. Il ne suffit pas que l'acte habituellement exercé soit compris dans une des catégories de ce dernier. Ce qui lui imprime le caractère de commercialité, c'est moins la nature de l'acte, que le but de spéculation et de profit qui en est le mobile principal.

Conséquemment, si l'exercice n'est que l'accessoire de la profession; si, quel qu'il soit, le bénéfice qu'il produit n'a été qu'une pensée secondaire, l'acte demeure purement civil, comme celui dont il est le développement inévitable.

Ainsi l'achat de denrées pour les revendre, contracté par un aubergiste, un cabaretier, un restaurateur, est essentiellement commercial. Son exercice, en effet,

[1] T. I, n° 16. Conf., Orillard, n° 295; — Carré, t. VII, pag. 147, à la note.

[2] *J. D. P.*, t. II, 1837, pag. 529; Bordeaux, 28 août 1835; Paris, 22 février 1841; *J. D. P.*, tom. 1, 1841, pag. 313.

constitue la profession principale ou tout au moins habituelle des uns et des autres.

Mais l'instituteur ayant des pensionnaires qu'il nourrit ne fait pas, par l'achat et la revente des denrées nécessaires à ses pensionnaires, un acte de commerce. Ici le but principal est l'éducation des élèves. L'acte de les nourrir n'est qu'un moyen d'arriver à cette éducation, et non une spéculation commerciale en sa faveur; il n'a, au fond, rien qui puisse le faire considérer comme tel.

Ainsi encore, la location d'une maison pour la sous-louer en garni ferait acquérir la qualité de commerçant. Mais on refuserait avec juste raison cet effet à l'acte de celui qui, prenant une maison pour l'habiter lui et sa famille, distrairait, dans un but d'économie, une ou deux chambres qu'il pourrait se dispenser d'occuper, pour les sous-louer en garni.

C'est surtout en regard des œuvres de l'intelligence, exigeant des fournitures matérielles, que la règle que nous rappelons est importante. Un peintre célèbre achète des couleurs qu'il revend en vendant son tableau. Dira-t-on que c'est là un acte commercial? La raison répugnerait à une pareille qualification, tandis que personne ne la refusera à l'achat de couleurs contracté par un peintre en bâtiments.

Ces exemples suffisent pour bien fixer notre pensée, pour éclairer la règle que nous proposons, en faire sentir l'importance et en recommander l'observation.

48. — Il résulte de ce qui précède que la qualité de

commerçant s'acquiert explicitement : 1° par la création d'un établissement public ; 2° par l'exercice d'actes de commerce caractérisant une profession habituelle. Peut-elle jamais s'acquérir implicitement? Devrait-on notamment tenir comme commerçant celui qui se serait qualifié tel dans le contrat dont on lui demande l'exécution? Celui qui aurait pris ou accepté cette qualité dans des actes ou des procédures, celui enfin à qui elle aurait été déférée par des jugements passés en force de chose jugée?

49. — La première hypothèse a été, avant et depuis la promulgation de nos Codes, l'objet d'une controverse qui n'est pas même encore fixée. En l'absence de toute disposition législative, ce n'était, ce n'est encore qu'à l'aide de certains principes qu'on peut arriver à une solution.

Mais notre ancienne jurisprudence avait à invoquer une analogie qui n'existe plus aujourd'hui. La faveur due aux foires avait donné naissance à une juridiction privilégiée qui, sous le nom de conservation, avait compétence exclusive pour toutes les transactions surgies ou devant être exécutées en temps de foire. Or l'ordonnance du 13 février 1578, spéciale à la conservation de Lyon, renfermait la disposition suivante : *Ceux qui dans des cédules, contrats ou obligations prennent la qualité de marchands fréquentant les foires de Lyon, et qui s'obligent ou promettent de payer auxdites foires, ne peuvent s'aider de leur* COMMITTIMUS *pour se soustraire*

à la juridiction de ladite conservation, à peine de nullité des procédures.

Quelques jurisconsultes, appliquant le même principe d'une manière générale, soutenaient que dès qu'une personne avait pris dans le contrat la qualité de marchand, elle ne pouvait plus se soustraire à la juridiction commerciale et aux mesures rigoureuses d'exécution qu'elle entraînait. Telle est notamment l'opinion de Bouvot, qui cite à l'appui un arrêt du 8 août 1616, l'ayant ainsi jugé.[1]

Dans son commentaire de l'ordonnance de 1667, Jousse rappelle l'opinion de Bouvot, et paraît l'adopter en s'abstenant de toute contradiction.[2]

Mais Guyot n'est pas de cet avis. « Comme les citoyens, dit-il, ne peuvent directement ni indirectement intervertir l'ordre des juridictions, nous ne pensons pas qu'ils soient les maîtres de le faire indirectement par les qualités qu'ils prennent. On ne saurait se prévaloir de ce qui est dit pour la conservation des foires de Lyon, parce que les priviléges et la juridiction des conservateurs sont bien plus étendus que ceux des consuls; d'ailleurs, ce n'est pas seulement la qualité prise de marchand, c'est la stipulation du paiement en temps de foire qui soumet à la conservation.[3] »

Ce qu'on pourrait ajouter, c'est que depuis l'ordonnance de 1667, la législation antérieure était en quelque sorte devenue inapplicable à la matière. En effet,

[1] *Recueil d'arrêts*, t. II, v^is *Juge consul.*
[2] Tit. 12, art. 1er.
[3] *Répert.* v^is *Juge consul.*

la soumission à la juridiction consulaire, par la prise de la qualité de commerçant, ne pouvait avoir pour but que de se soumettre à la contrainte par corps, dans un cas où elle était prohibée par la loi civile. Or, avant comme après l'ordonnance de Moulins, cette voie d'exécution était de droit commun en France; non-seulement on pouvait librement la stipuler en matière civile, mais elle était de plein droit acquise à défaut de paiement.[1] Comment, dès-lors, le législateur se serait-il préoccupé d'une fraude n'ayant aucune raison d'être, puisqu'on pouvait très légalement arriver par une voie directe à l'objet qu'on se serait proposé par la simulation.

L'ordonnance de 1667, prohibant la contrainte par corps en matière civile, vint rendre la simulation indispensable pour ceux qui voulaient la stipuler au mépris de sa prohibition. Cette nécessité devenait même un motif de la présumer plus facilement. Etait-il donc rationnel de demander la solution de cette difficulté toute nouvelle à une législation qui s'en était si peu préoccupée, qu'elle n'avait pas même pu la prévoir?

50. — La prohibition de l'ordonnance de 1667 ayant été consacrée par le Code, la qualification de commerçant prise dans le contrat a dû être considérée comme destinée à éluder la loi. Aussi l'a-t-on appréciée non-seulement à l'endroit de la compétence consulaire, mais encore sous le rapport de la contrainte par corps.

[1] Voy. notre *Traité du Dol et de la Fraude*, n° 327.

Relativement à celle-ci, la doctrine est unanime. La disposition de l'article 2063 commandait en quelque sorte ce résultat. Dans quels cas, en effet, appliquerait-on cet article, s'il était accordé aux prêteurs d'argent d'attribuer aux emprunteurs des qualités qu'ils n'ont pas, afin de les soumettre à la contrainte par corps? Etait-il rationnel de livrer ainsi la liberté des citoyens à la merci des spéculations d'usuriers?

D'autre part, celui qui s'engage n'est pas libre de renoncer à un avantage que lui assure une loi d'ordre public. Si cette renonciation devait s'induire nécessairement de la qualité qu'on s'est mensongèrement donnée dans l'acte, on devrait dire également que le mineur ne pourrait faire rescinder ses engagements, parce qu'il se serait, dans l'acte, déclaré majeur. [1]

Sans doute cette doctrine peut favoriser une fraude, en ce que le créancier a été de très bonne foi, que non-seulement il a pu croire qu'il avait affaire à un commerçant, mais encore que la conviction contraire l'aurait empêché de traiter sans exiger des garanties que la soumission à la contrainte par corps lui a paru rendre inutiles ; mais le simple mensonge ne constitue pas le dol. De plus, comme c'est au créancier de s'assurer de la véritable condition de celui avec qui il traite, la négligence qu'il met à remplir ce devoir le constitue en état d'imprudence. On ne fait dès-lors que lui impo-

[1] Orillard, n° 154 ; — Merlin, *Rep.*, v[is] *Consul. des march.*, et *tribunal de commerce*; — Carré, t. VII, n° 484; — Nouguier, pag. 308 et 314 ; — Sébire et Cartéret, n[os] 247 et 254, *Encyclopédie du droit*, v° *comm.*

ser la responsabilité de son propre fait, en lui faisant supporter les conséquences d'une confiance trop aveuglement accordée. En principe donc, la solution indiquée se justifie parfaitement.

51. — La même unanimité de doctrine n'existe plus à l'endroit de la compétence. Mais il est facile de se convaincre que la différence entre les opinions est plutôt apparente que réelle.

MM. Merlin, Carré, Orillard se rangent à l'opinion de Guyot, ne voyant dans la qualité prise dans le contrat qu'un moyen d'intervertir l'ordre des juridictions, et repoussent en conséquence la compétence des tribunaux consulaires.

MM. Nouguier, Sébire et Cartéret admettent au contraire cette compétence. Mais ils en circonscrivent tellement les effets, qu'au fond ils arrivent à un résultat analogue à celui que Merlin, Carré et Orillard adoptent.

Nous ne dirons pas cependant avec eux qu'en pareille matière il s'agit d'une exception d'incompétence, *ratione personæ*, à laquelle on est libre de renoncer, et nous refusons de trouver cette renonciation dans la prise de qualité de commerçant, car ils ne le professent ainsi que parce qu'ils admettent que l'acte est commercial, qu'il n'y a de faux que la qualité déclarée.

Mais il est évident que s'il en était ainsi, notre question ne pourrait même se présenter. La commercialité de l'acte admise, le tribunal est, *ratione materiæ*, exclusivement compétent. Qu'importe dès-lors que le

débiteur ait faussement pris la qualité de commerçant? Admettez qu'il se fût qualifié de propriétaire et qu'il le fût en effet, il ne serait pas moins soumis à la juridiction commerciale.

Les effets de la fausse déclaration ne peuvent être utilement recherchés que dans l'hypothèse contraire, à savoir : lorsque le titre non-commercial en la forme, n'ayant pour cause qu'une opération ordinaire, ne pourrait être apprécié par le tribunal de commerce que s'il émanait d'un commerçant.

Ce ne peut donc pas être sous prétexte d'une prétendue renonciation à une exception d'incompétence *ratione personæ*, que le tribunal pourra être investi lorsque le souscripteur aura faussement pris la qualité de commerçant. Ce qui déterminera cette investiture, c'est que prendre une qualité, c'est faire présumer qu'elle existe, et cette présomption ne peut céder que devant la preuve du contraire.

Nous dirons donc avec MM. Nouguier, Sébire et Cartéret : celui qui, dans le contrat, a pris la qualité de commerçant, devra être traduit devant le tribunal de commerce, si des difficultés surgissent dans l'exécution du titre. Mais il sera toujours recevable à opposer et à prouver la fausseté de la qualification qu'il s'est donnée ; et le tribunal, légalement saisi en la forme, ne pourra retenir la matière au fond que si cette preuve n'est pas demandée, ou si elle n'est pas fournie. En d'autres termes, celui qui s'intitule commerçant fait présumer qu'il l'est réellement, mais cette présomption s'évanouit par la preuve contraire. Fournir celle-ci,

c'est placer la juridiction exceptionnelle dans la nécessité de se désinvestir.

Dans ces termes, il n'y a plus réellement de divergence sérieuse entre l'opinion des auteurs. En effet, ceux qui se prononcent pour l'incompétence du tribunal de commerce présupposent que la fausseté de la qualité prise est acquise. Or, ce résultat ne pourra être atteint que par la faculté donnée au débiteur de faire cette preuve, faculté qui ne pourra être exercée que devant le tribunal de commerce, justement investi tant que l'apparence du titre n'est contestée que par une pure allégation. C'est ainsi que la Cour de cassation a juridiquement jugé, le 7 avril 1813, que si le débiteur traduit devant le tribunal de commerce n'excipait pas de la fausseté de la déclaration, le tribunal ne serait pas tenu d'en ordonner d'office la preuve, et que, tenant la qualité comme certaine, il prononcerait légalement sur le litige.

52. — La prise, dans le contrat, de la qualité de commerçant, défère donc la connaissance du titre à la juridiction consulaire, mais le débiteur est toujours recevable à fonder le déclinatoire sur la fausseté de cette qualification. La preuve offerte doit toujours être ordonnée, et si elle est faite, le déclinatoire doit être accueilli. C'est dans ces termes que les Cours de Turin et de Liége l'ont consacré par arrêts des 20 mai 1807 et 28 août 1811.

53. — Le contraire a cependant été admis par arrêt

de la Cour de Paris, du 28 juin 1813. Cet arrêt, dont le caractère juridique serait fort difficile à justifier, a été diversement apprécié. M. Dalloz aîné l'accuse de renfermer une pétition de principes, en déclarant l'appelant non-recevable, attendu que, dans sa signature apposée au billet, il avait pris lui-même la qualité de commerçant.[1] M. Coin-Delisle ne lui fait qu'un seul reproche, celui d'être incomplet, la Cour ayant omis de dire que l'appelant ne justifiait pas d'une autre profession.

M. Coin-Delisle, en effet, pense que, pour que celui qui dénie une qualité qu'il a prise et certifiée par sa signature puisse en répudier les conséquences, il doit prouver que cette qualité est fausse. Cette preuve, ajoute-t-il, doit être toute faite à l'audience, autrement la juridiction commerciale serait sans cesse entravée par des enquêtes que requéraient les mauvais débiteurs.[2]

54. — Cette doctrine nous paraît être repoussée par la nature des choses, qui doit, ce semble, invinciblement nécessiter une enquête, même dans le cas où le débiteur justifierait à l'audience d'une profession distincte de celle de commerçant.

M. Coin-Delisle se demande comment on pourrait prononcer la contrainte par corps, si le débiteur fait preuve à l'audience qu'il est médecin, militaire ou employé, etc., et que l'affaire qui a donné naissance au billet est une affaire civile?

[1] D. A., v° *Comm.*, pag. 710.
[2] *Contrainte par corps*, pag. 90, art. 3, n° 2.

Nous répondons : par la constatation que ce médecin, ce militaire, cet employé a fait des actes de commerce sa profession habituelle, ce qui placera le billet sous l'empire de la présomption de l'article 638. Il est vrai que cette profession habituelle n'est jamais admise *de plano*, et que le créancier qui en excipera devra la prouver. Mais supposez qu'il en allègue l'existence, qu'il offre de la justifier, pourra-t-on écarter son offre, alors surtout que sa prétention a un point d'appui dans la qualification prise dans le contrat par le débiteur lui-même?

Un pareil système conduirait à une iniquité et à l'inévitable violation de la vérité dans certains cas. On ne saurait donc le consacrer, ni en doctrine, ni en droit. Concluons, donc, qu'on ne saurait être de l'opinion de M. Coin-Delisle, que si la profession indiquée comme exclusive n'est pas contestée. Si le créancier soutient, malgré cette profession, que le débiteur est devenu commerçant, une enquête, pouvant seule mettre le juge à même de prononcer, deviendra inévitable.

D'autre part, on peut n'être pas commerçant, bien qu'on ne soit ni médecin, ni militaire, ni employé. La profession de bourgeois, de rentier, de cultivateur, n'exige ni diplôme, ni brevet, ni ordonnance du gouvernement. Or, comment prouver *a priori* qu'on est l'un ou l'autre, et qu'on n'a jamais cessé de l'être? L'opinion de M. Coin-Delisle leur ferait à tous une singulière position, car toute la preuve que chacun d'eux pourra offrir, est sa simple allégation. Que feront donc les juges entre cette allégation et celle contraire du

titre? Evidemment une seule chose, à savoir: l'admission de l'enquête, dans laquelle chaque partie s'efforcera de prouver ce qu'elle prétend être la vérité.

Sans doute, l'offre et la demande de cette enquête pourront n'être que des moyens dilatoires, à l'aide desquels un mauvais débiteur retardera l'exécution de ses engagements. Mais les principes généraux du droit préviennent ces inconvénients. L'obligation d'ordonner l'enquête n'existe pour les tribunaux que si le fait interloqué a actuellement un caractère de probabilité et de vraisemblance; que si la preuve du contraire ne résulte pas déjà des faits et circonstances du procès. Cette règle, commune à toutes les juridictions, est une sauvegarde de tous les intérêts.

Il faut donc en revenir à la doctrine consacrée par les Cours de Turin et de Liége. La qualification de commerçant, prise dans le contrat, fait présumer cette qualité, mais ne la prouve pas. Le porteur du billet ainsi souscrit peut donc régulièrement investir le tribunal de commerce en cas de non paiement. Mais le débiteur a toujours la faculté d'exciper de l'absence de cette qualité qu'il s'est mensongèrement donnée, et il est recevable à en fournir la preuve tant par titres que par témoins et par présomptions. Le tribunal de commerce ne peut prononcer au fond que si le débiteur n'élève pas cette prétention; et, dans le cas contraire, que si la preuve est repoussée comme inutile, ou que si elle n'est pas rapportée dans le cas où elle a été admise.

55. — Il importe de remarquer que, pour que la présomption que nous induisons de la qualification prise dans le contrat soit acquise, il faut qu'elle soit le fait exclusif et personnel du débiteur. Il ne suffirait pas de sa signature au bas de l'acte, si la qualité de commerçant n'était renfermée que dans le corps de l'acte écrit par un autre que par lui. C'est ce qui résulte expressément d'un arrêt de la Cour de cassation, jugeant que la mention faite dans le billet que le signataire est commerçant ne suffit pas pour le faire placer dans l'exception portée par le deuxième alinéa de l'article 1326 du Code Napoléon, lorsque le billet n'est pas de son écriture.[1] A plus forte raison doit-on refuser à cette mention la possibilité de soumettre le débiteur à la juridiction exceptionnelle et à la contrainte par corps.

56. — L'exception de non-commercialité de la personne, lorsque l'acte ne serait de la compétence du tribunal consulaire que par suite de la qualité de souscripteur, constitue une exception d'incompétence *ratione materiæ*, elle peut donc être proposée en tout état de cause, et même, pour la première fois, devant la Cour d'appel.

57. — Que doit-on décider dans la seconde hypothèse, à savoir : lorsque la qualité de commerçant a été prise ou acceptée dans des actes ou des procédures plus ou moins nombreux ?

[1] 9 mai 1837.

M. Pardessus voit dans un pareil état de choses un puissant indice de la vérité de la qualité de commerçant. Remarquons, en effet, que ce qui forme le principal motif de solution dans la première hypothèse, à savoir : la frauduleuse exigence d'un usurier, tenant à s'assurer la contrainte par corps, n'est plus ici qu'un danger fort éloigné et peu probable, alors surtout que les actes sont les uns souscrits avec des personnes différentes, les autres, ceux de procédure par exemple, marqués au coin d'une incontestable spontanéité.

58. — On pourrait donc voir dans la multiplicité et le caractère de ces actes un aveu public et formel de la qualité de commerçant, aveu qui devrait d'autant mieux produire son effet, qu'il a été plus libre dans son expression.

Au reste, il est évident que, dans l'hypothèse que nous examinons, l'intérêt du litige ne se concentrera pas uniquement entre le créancier et le débiteur. La faillite, conséquence forcée de la déconfiture d'un commerçant, est dans le cas de modifier et de compromettre la position de tiers, exposés à perdre les garanties sous l'empire desquelles ils ont traité. Il faut donc, dans l'appréciation de cette hypothèse, considérer la solution qu'elle doit recevoir, selon qu'il s'agit des tiers ou du débiteur; et, quant à celui-ci, distinguer les actes faits en son nom, de ceux qui lui ont été tenus à la requête d'autrui.

59. — A l'endroit des tiers, et lorsque la qualité de

commerçant est de nature à leur occasionner un préjudice, cette qualité ne saurait résulter contre eux de la qualification prise par leur débiteur dans des actes ou des procédures, quelque nombreux qu'ils aient été. Il n'appartient pas à ce dernier de compromettre des droits régulièrement acquis, en se plaçant mensongèrement dans le cas de les faire modifier ou restreindre par une déclaration de faillite.

Ceux-là donc qui auront intérêt à faire déclarer ou maintenir la faillite ne devront pas seulement prouver que le débiteur s'est, à de nombreuses reprises, qualifié commerçant. Ils auront encore à établir qu'il s'est livré à des actes de commerce, et qu'il a fait de leur exercice sa profession habituelle.[1]

Il y a plus encore, on ne pourrait faire déclarer non-recevable à contester la qualité de commerçant le tiers qui, par erreur ou par une préoccupation née des circonstances, aurait lui-même, dans un acte quelconque, donné au débiteur cette qualification. Ainsi, l'arrêt d'Orléans que nous annotons a jugé que : Bien que dans l'instance en séparation de biens, la femme eût qualifié son mari de commerçant, on ne saurait lui opposer l'article 551 du Code de commerce, lequel restreint son hypothèque aux immeubles que le mari commerçant possédait au jour du mariage.

Cette doctrine nous paraît fort juridique. Elle a ses fondements dans un principe d'équité incontestable, à

[1] Orléans, 16 mars 1839; —*J. D. P.*, t. I, 1839, pag. 648, — *Conf.* Locré, t. III, pag. 2; — Boulay-Paty, *Faillites*, t. I, n° 10; —Pardessus, n° 1091.

savoir : que nul ne saurait être tenu des conséquences d'un fait qu'il n'a pu ni prévoir, ni apprécier. Ceux qui contractent avec un commerçant ne sauraient se plaindre, si la faillite, se réalisant plus tard, vient modifier leurs droits plus ou moins profondément. En consentant à contracter avec lui, ils ont volontairement accepté les chances de cette éventualité. Mais comment supposer cette acceptation, lorsque, rien n'annonçant cette qualité chez le débiteur, on veut la faire résulter d'une qualification prise dans une série d'actes qu'il n'a pu venir dans la pensée des créanciers de se faire représenter. Ce serait leur occasionner un préjudice injuste, lorsque cependant ils n'ont manqué à aucune des lois que la prudence leur prescrivait.

Pour ce qui les concerne donc, rien ne saurait suppléer à la notoriété résultant d'un établissement, ou à celle plus difficilement appréciable de l'exercice habituel d'actes de commerce. Ils ne pourront donc subir la loi commerciale que lorsque la preuve de l'une ou de l'autre sera acquise.

60. — Il n'en est pas de même du débiteur. La certitude d'actes nombreux, dans lesquels il se serait déclaré commerçant, pourrait fournir dès à présent la preuve qu'il l'est réellement, le faire en conséquence considérer comme non-recevable à décliner la compétence du tribunal de commerce, et à se soustraire à la contrainte par corps.

Mais même en ce qui le concerne, on doit distinguer dans les actes, ceux où il a pris lui-même la qualité de

commerçant, de ceux où cette qualité lui aurait été donnée par l'autre partie. Les premiers produiraient seuls l'effet que nous venons d'indiquer, alors même que la qualification serait plutôt l'œuvre de son mandataire légal que la sienne propre. Ainsi l'huissier, devant à peine de nullité déclarer la profession de celui pour lequel il exploite, a essentiellement qualité pour faire cette déclaration. Conséquemment, celui qui dans un acte extrajudiciaire est indiqué comme commerçant, est censé, à défaut d'un désaveu de l'huissier, avoir pris personnellement cette qualité.[1]

61. — Les seconds n'établiraient contre le débiteur aucun préjugé. La partie adverse ne pouvant changer à son gré, ni enlever, ni conférer une qualité quelconque, son allégation ne produirait, en sa faveur, aucun effet, alors même qu'aucune protestation n'aurait suivi la signification. C'est ce qu'avec raison a admis la doctrine, c'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré.[2]

62. — La même distinction n'est plus possible dans notre troisième hypothèse, à savoir : lorsque la qualité de commerçant a été reçue en jugement.

Ainsi il est admis qu'un individu s'étant qualifié commerçant, qui, en cette qualité, a été assigné devant le tribunal de commerce sans protestation de sa part ;

[1] Nouguier, n° 3, pag. 312 ; — Orillard, n° 135.
[2] 26 janvier 1814.

qui se voit condamner et laisse le jugement acquérir l'autorité de la chose jugée, ou qui, s'il en appelle, ne soumet pas la question aux juges d'appel, ne peut plus soutenir, après la confirmation du jugement, qu'il n'est pas commerçant.[1]

La différence dans la solution s'explique par celle de la position du débiteur dans chacune de ces hypothèses. La loi, dans la première, ne pouvait pas vouloir qu'il fût tenu de signifier un acte protestatif toutes les fois que dans un acte extrajudiciaire on l'a qualifié de commerçant. C'eût été une charge inutile qu'on lui aurait imposée. Le défaut d'obligation enlève donc au silence qu'il garde toute signification.

Mais l'appel en jugement change cette position. Le débiteur doit s'expliquer, parce qu'il est alors en mesure et en demeure de le faire. La qualification qui lui est donnée, soit en jugement, soit dans les qualités auxquelles il ne fait pas opposition, n'est plus considérée comme le fait exclusif de son adversaire, il l'accepte et se l'approprie formellement par son silence.[2]

63. — En fait, cette règle repose sur l'autorité de la chose jugée. En droit, cependant, cette chose jugée manque d'un de ses éléments essentiels, lorsque les jugements et arrêts sont invoqués par tous autres que par ceux qui les ont obtenus.

D'autre part, il est certain que le débiteur actuelle-

[1] Nouguier, t. I, pag. 312

[2] Cass., 7 mars 1821 et 7 août 1827; Bourges, 19 mars 1831; Grenoble, 31 mars 1832.

ment poursuivi peut avoir été commerçant avant l'obligation et cessé de l'être au moment où il la souscrivait, tout comme il a pu le devenir depuis. Dans l'un et dans l'autre cas, les jugements et arrêts antérieurs ou postérieurs à l'obligation n'auraient aucune signification utile, puisque pour être passible de la juridiction consulaire, à raison d'un engagement non-commercial en la forme, il faut avoir été commerçant à l'époque de la souscription.

64. — Il faut donc, pour que les actes et jugements invoqués puissent être utiles au demandeur, qu'ils soient contemporains de l'obligation dont il exige l'exécution. Vainement voudrait-il, à défaut de cette preuve, exciper d'actes ou jugements antérieurs ou postérieurs. Le débiteur ne manquera pas de soutenir qu'il n'était pas encore ou qu'il n'était plus négociant lorsqu'il s'est engagé envers le poursuivant, et cette exception devrait être admise jusqu'à preuve contraire, à moins que l'acte à l'occasion duquel il est poursuivi ne renfermât la qualification de commerçant.

Dans cette hypothèse, en effet, les actes et jugements, quelle que fût leur date, auraient un effet immédiat et direct. Leur succession continue, leur relation avec la qualification prise dans l'acte établiraient une habitude dont le débiteur ne pourrait recuser les conséquences.

Ainsi donc, les jugements définitifs ne créeraient jamais, au profit de tiers qui n'y ont pas été parties, l'autorité de la chose jugée, mais ils deviendraient un

élément essentiel dans l'appréciation de l'exercice habituel d'actes de commerce. Celui qui aurait été considéré comme commerçant, avant, pendant et après l'engagement dont on demande l'exécution, ne devrait pas être admis à recuser cette qualité.

Il en serait de même si dans son engagement il s'était qualifié de commerçant. Cette qualification se reliant aux jugements antérieurs ou postérieurs, lui conférant la même qualité, la preuve qui en résulterait serait décisive, puisqu'elle établirait une habitude, sans aucune solution de continuité.

65. — Dans tous les cas où la preuve, soit affirmative, soit négative, est nécessaire, elle peut être faite par témoins et par présomptions. On comprend que l'exercice habituel d'actes de commerce ne saurait être prouvé par écrit, car étrangers, la plupart, à la partie intéressée, les faits divers dont il résulte lui seront à peu près inconnus. Sans doute la production des livres serait d'un grand secours, mais les commerçants seuls sont obligés d'en tenir. Celui-là donc qui recuse cette qualité ne manquera pas de soutenir, à l'appui de sa prétention, qu'il n'en a rédigé aucun.

Une autre preuve littérale pourrait, si elle n'était insignifiante, être invoquée pour établir la qualité de commerçant, à savoir : la patente. Mais nous l'avons déjà dit : tout ce qui résulte de celle-ci, c'est l'intention de se livrer au commerce, ce qui est encore fort loin de son exercice réel. Aussi n'est-elle pas plus capable de faire considérer celui qui la paye, comme commerçant,

que son absence ne l'est pour prouver qu'on ne doit pas être réputé tel. Il faut cependant reconnaître que son existence coïncidant avec la qualification prise dans le contrat, ou en jugement, pourrait déterminer la décision affirmative.

Dans les cas ordinaires, il faut donc subir les conséquences de la force des choses ; et, puisqu'il s'agit de faits nombreux à établir, recourir au seul moyen susceptible d'atteindre ce résultat, à une enquête.

66. — La liberté illimitée du commerce, écrite en principe dans la loi, a dû subir quelques restrictions. Fondées les unes sur des convenances sociales, les autres sur l'intérêt du commerce lui-même, ces restrictions se sont traduites en incompatibilités entre certaines professions ou certains emplois, en prohibitions plus ou moins absolues. Mais les unes et les autres manquent, au point de vue commercial, de sanction pénale, sauf en ce qui concerne les agents de change et courtiers dont nous aurons bientôt à nous occuper. Tout autre qui ferait le commerce, au mépris des devoirs de sa profession, s'exposerait sans doute aux peines disciplinaires du corps auquel il appartient, mais n'en serait pas moins considéré comme un véritable commerçant, soumis à toutes les obligations et à tous les devoirs de cette profession. Nous n'avons donc qu'à rappeler qu'aucun obstacle n'empêche de les placer sous l'empire de la disposition de l'article 1er, lorsqu'il s'agira de savoir s'ils ont ou non acquis la qualité de commerçant.

Mais il est d'autres personnes dont l'incapacité est

telle que l'exercice habituel d'actes de commerce le plus incontestable ne parvient à les ranger dans la classe des commerçants, que s'ils ont rempli certaines conditions. Dans cette catégorie se placent les mineurs et les femmes mariées, dont nous allons voir le législateur s'occuper dans les articles suivants.

—

ARTICLE 2.

Tout mineur émancipé, de l'un et de l'autre sexe, âgé de 18 ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code Napoléon, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour fait de commerce : 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil ; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile.

ARTICLE 3.

La disposition de l'article précédent est applicable aux mineurs, même non commerçants, à l'égard

de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les dispositions des articles 632 et 633.

—

SOMMAIRE.

67. Conséquences des engagements commerciaux. Motifs devant faire prohiber tout commerce au mineur.
68. Silence gardé à cet égard par l'ancienne législation. Conséquences des dispositions de l'ordonnance de 1673.
69. Aggravation du sort des mineurs lors de son abrogation par la loi de 1791.
70. Disposition du Code Napoléon.
71. Discussion au conseil d'Etat sur l'opportunité d'une exception en faveur des mineurs.
72. Sur les précautions dont il convenait d'entourer cette exception.
73. Conditions imposées par l'art. 2 du Code de commerce.
74. Première condition. — *Emancipation générale.* — Pourquoi elle a été exigée.
75. Réponse à l'objection qu'elle n'était qu'un double emploi avec l'autorisation.
76. Distinction entre les effets de l'une et de l'autre.
77. Leur cumul était dicté par l'intérêt du mineur lui-même.
78. Effets du défaut d'émancipation préalable. Devoir en résultant pour les tiers.
79. La fausse qualification de mineur émancipé rendrait-elle l'autorisation suffisante pour assimiler le mineur au majeur?
80. Deuxième condition. — *Age.* — Motifs qui l'ont fait fixer à 18 ans.
81. L'autorisation donnée avant 18 ans aurait-elle effet sur les engagements pris par le mineur après cet âge.
82. Troisième condition. — *Autorisation.* — C'est à la famille

que s'en est rapporté le législateur. Pouvoir du père, de la mère, du conseil de famille.

83. Caractère de l'autorisation. Motifs pour que la famille agisse avec prudence.
84. Ne peut jamais s'acquérir implicitement.
85. Conséquences de la règle qu'elle doit être expresse et préalable à l'exercice du commerce.
86. Effets du silence gardé par la loi sur la forme de l'autorisation donnée par le père ou la mère.
87. Peut-elle être valablement donnée par acte sous seing privé?
88. La mère n'est apte à autoriser qu'en cas de décès, d'interdiction ou d'absence du père. L'intervention des tribunaux, dans ce dernier cas, empêche tout abus.
89. L'autorisation ne doit pas contenir la nature des affaires auxquelles doit se livrer le mineur. Conséquences.
90. Le mineur peut-il contracter une société avec son père qui l'a autorisé?
91. Quatrième condition. — *Publicité de l'autorisation.* — Objet de cette condition. Forme tracée par la loi.
92. Effets du défaut ou de l'irrégularité de l'une de ces conditions.
93. Effets de leur accomplissement régulier.
94. La rétractation de l'autorisation n'est acquise que par le retrait de l'émancipation.
95. Publicité que doit recevoir celui-ci.
96. Renvoi à l'article 6 pour les conséquences de l'administration du mineur commerçant, à l'endroit de ses immeubles.
97. L'autorisation ne couvre que les engagements qui l'ont suivie. Fraude que cette règle peut faire surgir. Ses effets quant au mineur.
98. Incapacité du mineur à l'endroit des actes de commerce.
99. Le mineur émancipé par le mariage ne peut exercer le commerce sans autorisation.

67. — Les engagements que le commerçant contracte dans l'exercice de sa profession ont pour résultat

immédiat et direct non-seulement d'engager ses biens, mais encore de compromettre sa personne, en le plaçant sous le coup de la contrainte par corps pour leur exécution. Il importe donc que ces engagements soient le fruit des plus mûres réflexions, d'une prudence consommée. Pouvait-on se promettre ce résultat de la légèreté inséparable de l'âge de minorité?

Le commerce n'est pas une industrie qu'on puisse machinalement exercer. Le calcul des chances qui en font la base, l'appréciation des probabilités devant rendre la spéculation heureuse ou malheureuse trompe souvent l'intelligence la plus consommée, la raison la plus ferme. Le mineur offre-t-il ces garanties, et lui permettre le commerce, n'est-ce pas le dévouer à une ruine presque inévitable?

68. -- Chose extraordinaire! notre ancienne législation, qui avait fixé la majorité civile à 25 ans, n'avait déterminé aucune limite d'âge à l'exercice du commerce. Cependant l'article 6 de l'ordonnance de 1673 disposait : que tous négociants, marchands en gros ou en détail, comme aussi les banquiers, seraient réputés majeurs pour les faits de leur commerce ou banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de lésion.

Pour comble d'étrangeté, l'ordonnance de 1673, s'occupant du commerce officiel, au point de vue des maîtrises et jurandes, prescrivait que nul ne serait reçu marchand s'il n'avait 20 ans accomplis et s'il ne rapportait le brevet et les certificats d'apprentissage et des

services rendus depuis. Mais tout cela n'était exigé, aux termes de l'article 1er, qu'*ez lieux où il y a maîtrise de marchands.*

Ainsi, là où il n'y avait pas de maîtrise, on ne pouvait pas recevoir la qualité de maître, mais l'exercice effectif du commerce était, sans restriction, sans condition aucune, laissé à la discrétion de celui qui voulait l'entreprendre, majeur ou mineur, à 15 comme à 20 ans, et le mineur était réputé majeur pour tous les faits de ce commerce. De manière que moins il y avait de garantie, plus grande était la liberté laissée au mineur. On ne lui permettait de devenir commerçant à 20 ans seulement, que lorsqu'il avait fait un long et laborieux apprentissage, mais il pouvait l'être à 15 ans, s'il n'en avait fait aucun.

Ajoutons que, même dans les lieux où il existait des maîtrises, certaines professions demeuraient entièrement libres, parce qu'elles n'avaient pas été organisées en corporations. Telles étaient notamment celles de banquier, de manufacturier et d'armateur. En conséquence, et même sur les places où le mineur ne pouvait vendre les objets de la plus minime importance, sans avoir atteint l'âge de 20 ans et accompli son apprentissage, il était libre d'ouvrir, à quelque âge qu'il le trouvât bon, une maison de banque, de créer une manufacture ou de devenir armateur.

69. — Cet état si périlleux pour le mineur fut encore aggravé par la législation de 1791. L'abolition des maîtrises et jurandes abrogea le titre 1er de l'or-

donnance de 1673. A dater de ce moment, toutes les branches du commerce furent également accessibles aux mineurs, sans aucune condition. Le résultat de tout cela amena des ruines fâcheuses. Un grand nombre de mineurs de moins de 16 ans, commercialement atteints, virent leur fortune dissipée et leur personne compromise.

70. — Les auteurs du Code Napoléon, dont l'attention fut éveillée par ce grave inconvénient, furent naturellement amenés à rechercher s'il convenait de permettre aux mineurs de se livrer au commerce. L'affirmative leur ayant paru nécessaire, ils posèrent une première barrière à la faculté de l'exercer. Ils ne la consacrèrent qu'en faveur du mineur émancipé. [1]

71. — Mais cette question était plus spécialement du ressort du législateur commercial. Aussi, et malgré qu'elle eût été en quelque sorte résolue par le Code Napoléon, réparut-elle dans la discussion du Code de commerce. Plusieurs orateurs proposèrent même de la résoudre négativement.

Pourquoi, disait M. Jaubert, puisque la majorité civile est fixée à 21 ans, ne pas attendre cette majorité? Pourquoi livrer un jeune homme à lui-même, dès l'âge de 18 ans, pour les affaires les plus difficiles, les plus hasardeuses? Est-il prudent, ajoutait M. Bigot de Préa-

[1] Art. 487 du Code Napoléon.

mineur, est-il utile à la société que, dans un âge aussi tendre, tout citoyen puisse se livrer au commerce?

Mais, d'une part, le respect pour le Code Napoléon, de l'autre, la crainte que, dans bien de cas, la prohibition absolue n'occasionnât un préjudice considérable au mineur, firent maintenir l'affirmative. Était-il raisonnable, répondait-on, d'empêcher le mineur de continuer le commerce dont il hérite de son père? D'exploiter l'établissement commercial, à la tête duquel se trouve placée ou appelée la femme qu'il épouse?

72. — La question d'opportunité ainsi tranchée, restait celle des précautions à prendre, soit dans l'intérêt du mineur, soit dans celui du public. L'article 2 nous indique comment elle a été, à son tour, résolue.

73. — Il faut donc aujourd'hui, pour que le mineur puisse légalement se livrer au commerce : 1° qu'il ait été émancipé; 2° qu'il ait 18 ans révolus; 3° qu'il soit autorisé par qui de droit; 4° que l'autorisation ait été enregistrée et publiée au tribunal de commerce du lieu où il entend fixer son domicile. Examinons chacune de ces conditions. Nous indiquerons ensuite les effets que leur accomplissement produit pour ou contre le mineur.

74. — 1° *Emancipation.*

L'émancipation du mineur peut n'être qu'un calcul de la part du père, se procurant la faculté de disposer sous son couvert, et dans son intérêt propre, des revenus dont il serait comptable, s'il les percevait en qualité

de tuteur ou administrateur. Mais, il faut le reconnaître, cette fraude est fort rare, et les tribunaux ont su l'atteindre et la réprimer lorsqu'elle a eu l'audace de se produire.

Le plus ordinairement donc, l'émancipation suppose, chez le mineur qui l'obtient, une capacité telle, que le père de famille, premier et meilleur juge des intérêts de son fils, a cru devoir s'en remettre aux espérances qu'elle fait concevoir, et lui confier une gestion que tout indique devoir être intelligente et avantageuse.

Cette présomption de capacité est une première garantie sur laquelle la loi a voulu pouvoir compter, avant de confier au mineur une capacité plus ample, par la faculté d'exercer le commerce. Aussi, est-elle rigoureusement exigée par le texte de l'article 2 que nous examinons.

Tout mineur émancipé, porte ce texte, ce qui indique que la permission de faire le commerce est subordonnée à l'existence préalable de l'émancipation; ce qui comporte virtuellement, à l'endroit de cette faculté, l'exclusion du mineur non émancipé. Ajoutons qu'avant d'être inscrite dans le Code de commerce, cette exigence figurait dans notre droit civil, l'article 487 du Code Napoléon ne réputant majeur, pour faits de commerce, que le mineur émancipé.

75. — En présence de la disposition de l'article 2, on a été naturellement amené à se demander si l'émancipation, cumulée avec l'autorisation, ne constituait pas un double emploi superflu et inutile. A quoi bon,

en effet, la première, lorsque, par l'effet de la seconde, le mineur est en possession d'une capacité bien plus étendue, puisqu'elle va jusqu'à lui permettre d'aliéner ses biens? Mais la réponse la plus péremptoire à cet égard nous est fournie par la discussion au conseil d'État. Cette réponse a le mérite incontestable, non-seulement de fixer l'intention du législateur sur la nécessité du cumul, mais encore d'en justifier et d'en préciser le sens.

D'une part, en effet, et sur l'observation de quelques orateurs, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely proposait de dire que l'autorisation accordée par la famille vaudra émancipation. Mais cette proposition fut repoussée sur l'observation de l'archichancelier Cambacérès, disant que ce serait là s'écarter du Code Napoléon, qui exige, pour faire le commerce, une émancipation générale.

76. — D'autre part, M. Berlier, abordant le fond de la question, distinguait en ces termes la simple émancipation de celle qui est suivie de l'autorisation de faire le commerce : « L'on sent que l'article du Code Napoléon, relatif à la réductibilité des engagements du mineur, même émancipé, selon que leur objet serait plus ou moins utile, est inapplicable au mineur commerçant envers ses créanciers, dont les actions ne pourraient être entravées par un tel examen, sans que tout crédit devînt impossible.

« Mais, de cette différence entre ces deux actes, il ne résulte pas que l'émancipation ordinaire ne doive pas précéder l'autorisation spéciale. On a établi l'utilité et

la nécessité de ce concours ; et, outre la déférence due au texte de la loi, il serait assez bizarre que le mineur, habile à faire de grandes opérations commerciales, ne le fût point à jouir de ses revenus.[1] »

Ainsi l'émancipation donne le droit de jouir des revenus des biens, mais laisse le mineur dans la position d'invoquer la réductibilité de ses engagements en cas d'excès. L'autorisation de faire le commerce fait perdre ce dernier droit à l'égard des engagements commerciaux, mais ne confère pas celui de jouir des revenus des biens. Le cumul de l'une et de l'autre était donc indispensable pour faire disparaître l'anomalie signalée par M. Berlier, d'un mineur apte à contracter les engagements les plus importants, et n'ayant pas cependant la libre disposition de ses revenus, alors que ses biens eux-mêmes pouvaient être absorbés par les dettes commercialement contractées.

77. — Quelle pouvait être d'ailleurs l'effet de cette anomalie? Nul autre évidemment que celui de placer le mineur dans une position fâcheuse à l'égard du public. En lui accordant l'autorisation, mais en ne l'émancipant pas, la famille laissait planer sur sa capacité un doute qui, partagé par les tiers, devait lui faire refuser tout crédit, ou tout au moins rendre ses relations avec eux fort difficiles. Fallait-il donc qu'avant même son début dans la carrière, le mineur rencontrât l'écueil sur lequel il était condamné à venir se briser?

[1] Procès-verbal de la séance du 4 nov. 1806.

Ce n'était pas tout encore. Le mineur commerçant peut trouver un avantage à jeter ses revenus dans son commerce. Dans cette faculté d'augmenter son capital, il puisera des moyens nouveaux d'étendre son crédit, de faire face à ses engagements. Lui enlever cette ressource, c'était donc le mettre aux prises avec des embarras pécuniaires, de nature à contrarier et à retarder le succès et l'essort de son commerce.

Ces considérations militaient toutes en faveur de l'émancipation préalable. Le mineur qu'on allait lancer dans le commerce devait recevoir tous les encouragements, toutes les facilités susceptibles de l'y faire réussir. Avant de réclamer pour lui la confiance du public, il fallait le montrer investi de toute celle de sa famille.

78. — Le défaut d'émancipation préalable vicie donc les pouvoirs que le mineur recevrait d'une autorisation ultérieure. Irrégulièrement investi de la qualité de commerçant, il ne serait plus réputé majeur à l'endroit des opérations qu'il aurait accomplies. Ses engagements seraient exclusivement régis par les principes ordinaires applicables au simple mineur.

Cette conséquence indique combien les tiers sont intéressés à l'exécution rigoureusement littérale de l'article 2 du Code de commerce. Peut-être aurait-on dû, pour les protéger efficacement, prescrire, pour l'émancipation elle-même, un mode de publicité de nature à en répandre et à en faciliter la connaissance. En l'absence de toute disposition de ce genre, le devoir que le droit commun impose de s'assurer de la condition de

celui avec qui on traite devient plus énergique et plus indispensable ; et puisque les formes tracées à l'émancipation permettent de la constater d'une manière certaine, par l'expédition du procès-verbal dressé par le juge de paix, ceux qui seront appelés à nouer des relations avec le mineur commerçant agiront avec sagesse et prudence, en exigeant la justification préalable de l'accomplissement de cette formalité si essentielle.

79. — Il ne suffirait pas, en effet, que cet accomplissement fût indiqué dans l'autorisation par la qualification d'émancipé que le mineur y aurait reçue. La fausseté de cette qualification aurait pour résultat immédiat d'enlever au mineur toute capacité commerciale pour le passé comme pour l'avenir.

L'opinion contraire est cependant enseignée par M. Pardessus. Comme c'est l'autorisation seule, dit cet éminent jurisconsulte, qui doit être affichée, si elle contenait la fausse mention d'une émancipation qui n'aurait pas eu lieu, le mineur serait engagé valablement, puisqu'il y aurait un véritable dol, ou du moins un quasi-délit de sa part.[1]

Nous repoussons cette doctrine. Elle ne nous paraît pas pouvoir se justifier soit au point de vue des principes généraux du droit, soit à celui des principes spéciaux de la matière.

En droit général, une incapacité légale ne peut être converte par la déclaration de capacité émanée de l'in-

[1] T. I, n° 58.

capable lui-même. Cela est surtout vrai lorsque cette déclaration a pour objet d'éluder une disposition d'ordre public, ou d'engager sa personne, d'aliéner sa liberté contrairement à la prohibition formelle de la loi. Déjà, et comme conséquence de ce principe, nous avons vu que la partie majeure, qui a pris dans le contrat la qualification de commerçant, n'est pas liée par sa déclaration ; qu'elle est toujours recevable à alléguer et à prouver le contraire.

Sous quel prétexte donc enleverait-on au mineur la garantie qu'on reconnaît au majeur? Remarquons, en effet, que ce dernier déclarant dans l'autorisation, et contrairement à la vérité, qu'il est émancipé, ne fait que ce que réalise le premier en prenant faussement la qualité de commerçant. Sans l'émancipation, en effet, il n'y a pas possibilité pour le mineur d'acquérir cette qualité. En déclarant que cette émancipation a eu lieu, le mineur ne fait donc que s'attribuer un caractère qui ne lui appartient pas. Il affirme sa capacité.

Mais n'est-ce pas là précisément ce que fait le mineur se déclarant majeur dans le contrat qu'il souscrit? Cependant la loi est formelle à cet égard, le mineur est restitué contre sa déclaration. Comment et pourquoi n'en serait-il pas ainsi dans l'hypothèse que nous examinons, et dans laquelle une solution identique est indiquée par une supériorité de raisons incontestables.

En effet, dans le premier cas, la déclaration de majorité émane directement du mineur. Elle est son fait propre et personnel. Dans le second, au contraire, la qualification du mineur émancipé, ce n'est pas lui qui

la prend, c'est l'auteur de l'autorisation qui la lui donne. Remarquons, à ce propos, que, dans cette autorisation, le mineur n'a aucun rôle actif à jouer; elle peut lui être conférée sans qu'il soit présent. De telle sorte qu'excusé lorsqu'il a lui-même menti, il serait puni dans ses biens et même dans sa personne pour un mensonge auquel il a pu de très bonne foi rester étranger. Une pareille anomalie n'est pas admissible.

Il faut donc conclure avec M. Nouguier : qu'il n'y a que le mineur émancipé qui soit capable de se livrer au commerce, aux autres conditions exigées par l'article 2; qu'importe, s'il ne l'est pas, la mention contraire renfermée dans l'autorisation; cette énonciation mensongère ne lui donne pas la capacité que la loi lui refuse, en se fondant sur l'intérêt et la tranquillité des familles, sur la jeunesse du mineur, sur son défaut de discernement. Ne pourrait-on pas répondre aux tiers qui se plaindraient : Ce jeune homme, avec lequel vous avez traité, peut être coupable, mais il n'a pu apprécier les conséquences de la déclaration qu'il faisait; c'était à vous de vous enquérir et de savoir si toutes les formalités avaient été remplies.[1]

Cette dernière considération a une grave importance au point de vue du dol auquel se place M. Pardessus. Le dol n'existe réellement que lorsque le mensonge a été accompagné de manœuvres telles, qu'elles ont eu pour objet et pour résultat de placer celui qui en est victime

[1] T. I, pag. 255; — Adde, Orillard, n° 162; — Sebire et Carteret, n° 271.

dans l'impossibilité de découvrir la vérité. Dans l'espèce, l'énonciation mensongère renfermée dans l'autorisation non-seulement n'a pas empêché les investigations, mais elle était un motif de plus de s'y livrer dans une matière où la capacité du mineur dépendait de l'existence du fait énoncé. Celui qui a failli à ce devoir, en ajoutant une foi aveugle à la mention de l'autorisation, ne peut être recevable à se plaindre d'un dol dont il pouvait si facilement prévenir les effets. Si, du côté du mineur ou de sa famille, il y a une immoralité, le tiers, de son côté, est en état flagrant d'imprudence et de légèreté. Il y a donc faute de part et d'autre, et dès-lors impossibilité d'en rendre une des parties exclusivement responsable.

Vainement ferait-on appel à la confiance sans laquelle le commerce n'est plus possible. Vainement dirait-on que l'éloignement du domicile du mineur n'a pas permis de vérifier le plus ou moins d'exactitude des énonciations de l'autorisation. Exciper des termes de celle-ci, c'est prouver qu'on l'a connue et, dès-lors, qu'on a su qu'on traitait avec un mineur. Cette connaissance acquise, restait le devoir impérieux de s'assurer si les conditions exigées par la loi avaient été accomplies. Si ce devoir était difficile à remplir par soi-même, on pouvait le faire par correspondant. La capacité du mineur, d'une part, ne peut tenir au plus ou moins de bonne foi de ceux qui ont traité avec lui. De l'autre, Les hypothèses exceptionnelles ne comportent plus l'application des règles ordinaires du commerce, et motivent suffisamment une trêve à ses habitudes les plus usuelles.

Ainsi le mineur doit être émancipé. Rien, en l'absence de l'émancipation, ne peut lui conférer la capacité de faire légalement le commerce. C'est par application de cette règle, qu'il a été jugé que le mineur pubère, qui, en pays de droit écrit, avait la libre administration de ses biens, n'a pu, depuis la survenance du Code Napoléon, faire un acte de commerce sans être émancipé.[1]

80. — 2° *Age.* — L'émancipation par le père ou la mère peut être conférée au mineur ayant atteint l'âge de 15 ans révolus. D'autre part, l'article 487 du Code Napoléon permet à tout mineur émancipé de faire le commerce. La conséquence de ce double principe était de reconnaître au mineur de moins de 16 ans la faculté de devenir commerçant et de disposer dès-lors de sa personne et de ses biens.

Que dans un âge aussi tendre le mineur puisse administrer sa fortune, on le comprend, alors d'ailleurs que la révocation de l'émancipation, en cas d'abus, atténue singulièrement le danger d'une pareille administration; mais conclure de cette capacité à celle de gérer des opérations commerciales, de se livrer à une profession aussi délicate, aussi périlleuse, c'est ce qui ne vient à l'idée de personne.

Aussi, la section de l'intérieur, après avoir admis en principe qu'il convenait de poser une limite d'âge à la faculté, pour le mineur, de faire le commerce, propo-

[1] Grenoble, 23 nov. 1816.

sait de la fixer à 18 ans révolus. Cette proposition rencontra des contradicteurs dans le sein du conseil d'Etat. On soutint qu'on ne devait autoriser le mineur qu'en tant qu'il aurait atteint sa vingtième année.

Cette détermination fut repoussée. On considéra que l'intérêt du mineur, qui le faisait admettre à la faculté d'exercer le commerce, pouvait exiger qu'on la lui conférât avant cet âge; que la majorité étant fixée à 21 ans, la concession qu'on lui ferait à 20 ans serait plutôt apparente que réelle; qu'autant valait ne pas l'accorder du tout, et attendre une majorité si rapprochée.

On s'arrêta donc à 18 ans. En conséquence, le mineur même émancipé ne peut, avant cet âge, obtenir une autorisation régulière. Celle qui lui serait accordée serait radicalement nulle, et ne pourrait le faire réputer majeur pour les engagements commerciaux dont elle serait suivie.

81. — Si le commerce irrégulier du mineur s'était prolongé au-delà de sa dix-huitième année, les engagements par lui souscrits depuis qu'il l'a atteinte seraient-ils valables? Devrait-on le réputer majeur quant à leurs effets?

En équité pure, la réponse affirmative pourrait paraître préférable. Mais les principes de droit, toujours rigoureux en matière de capacité, conduisent au résultat contraire.

En effet, l'autorisation donnée contrairement aux prescriptions de l'article 2 est viciée d'une nullité ra-

dicale. Cette nullité l'atteint dans son origine, l'autorisation est censée n'avoir jamais existé.

Comment donc pourrait-on en valider les effets, quelque prolongés qu'ils aient été? Sans doute le mineur, parvenu à l'âge de 18 ans, est apte à être autorisé; mais il ne peut pas l'être avant. En conséquence, si l'autorisation ne lui a pas été accordée depuis qu'il a atteint l'âge légal, il sera vrai de dire qu'elle n'a jamais existé.

Vainement exciperait-on de l'exercice réel du commerce, au vu et su de la famille et même avec son concours. Pour le mineur, ce n'est pas la qualité de la personne qu'on considère. On ne peut s'arrêter qu'au fait particulier de l'autorisation. De plus, et aux termes de l'article 2 lui-même, cette autorisation doit précéder les actes de commerce, être expresse, ce qui exclut d'une part tout effet rétroactif, de l'autre toute possibilité d'un consentement tacite. L'affirmative sur nos questions, supposant nécessairement l'un et l'autre, est donc directement condamnée par le texte de la loi comme par son esprit.

Ainsi, le mineur irrégulièrement autorisé est comme s'il ne l'avait jamais été. Le commerce qu'il fait est dès lors illégalement exercé. Les engagements qui en ont été la conséquence, souscrits en état de minorité, ne peuvent échapper au sort commun à tous ceux du mineur ordinaire émancipé ou non.

82. — 3° *Autorisation.* — La famille du mineur est le premier juge de l'intérêt réel que le mineur peut avoir à exercer le commerce; de la capacité qu'il est dans le

cas de déployer; la crainte de voir le mineur dissiper sa fortune, la honte d'une faillite rejaillir jusque sur elle est une double garantie de la maturité qu'elle apportera dans une délibération de cette nature.

C'est donc à elle que le législateur a dû recourir; et, dans cet appel, il n'a négligé aucune précaution. Il a gradué ses exigences sur le degré d'affection, sur le plus ou moins de sollicitude sur l'avenir du mineur que pouvait éprouver la personne appelée à l'autoriser.

Le père, et à son défaut la mère, dispose à cet égard d'une manière souveraine et sans contrôle. Agir autrement, ç'eût été témoigner une méfiance injurieuse, en supposant, contre nature, que l'un ou l'autre était capable d'oublier ce qu'il doit à son enfant.

Mais la décision du conseil de famille, à laquelle il faut recourir à défaut du père et de la mère, n'est exécutoire qu'après homologation par le tribunal civil. Le conseil de famille n'est pas même toujours composé de parents plus ou moins éloignés; à défaut de ceux-ci, les amis sont appelés. On pouvait donc raisonnablement craindre qu'il n'apportât pas dans sa délibération toute la prudence, toute la maturité désirable. L'examen sévère et impartial de la justice était dès-lors une garantie qu'on ne devait pas négliger.

83. — Mais la famille, qui déjà a accordé l'émancipation, ne se montrera-t-elle pas par trop facile à accorder l'autorisation? Non, répondait-on dans le sein du conseil d'Etat, car il y a une tout autre difficulté à suivre des opérations commerciales, parfois si hasar-

deuses, qu'à administrer son patrimoine. Il y a donc sagesse à demander des garanties plus grandes, lorsqu'il s'agit de conférer une capacité plus étendue que celle attribuée par l'émancipation. Il convenait d'exiger une autorisation spéciale pour une garantie spéciale. Il importe donc que la famille n'accorde pas légèrement une autorisation; qu'elle se détermine seulement par un examen sérieux, approfondi de l'intérêt du mineur; qu'elle soit retenue par la crainte des suites désastreuses que pourrait avoir pour lui une autorisation trop légèrement accordée.[1]

Cette volonté du législateur doit non-seulement servir de règle au père, à la mère, au conseil de famille, mais encore dicter aux magistrats l'appréciation à laquelle ils doivent s'arrêter. Elle détermine les conséquences suivantes :

84. — D'une part, l'autorisation ne saurait s'acquérir d'une manière implicite. Vainement donc exciperait-on d'un consentement tacite du père, de la mère ou de la famille, consentement qu'on ferait résulter du silence qu'ils auraient gardé sur des actes de commerce faits par le mineur sous leurs yeux, ou du concours qu'ils y auraient donné. On ne pourrait voir là l'autorisation avec les caractères exigés par la loi.[2]

85. — D'autre part, cette autorisation devant, pour

[1] Procès-verbal de la séance du 4 mars 1806.
[2] Pardessus, nos 57 et 58 ; — Nouguier, t. I, pag. 244.

rendre le mineur apte à faire le commerce, être expresse, on déciderait, avec la Cour de Bourges, qu'elle ne peut résulter d'une délibération ayant pour objet d'autoriser le mineur à vendre des immeubles, pour faire honneur à ses engagements et se livrer avec plus d'avantages au commerce. [1]

En troisième lieu enfin, l'autorisation devant précéder l'exercice du commerce, son obtention ne peut avoir d'effets pour le passé. Tous les actes de commerce faits avant n'en seraient donc nullement validés, et, en ce qui les concerne, on ne pourrait réputer majeur le mineur émancipé qui les auraient souscrits.

86. — La loi n'a prescrit aucun mode, aucune forme déterminée pour l'autorisation, excepté en ce qui concerne celle du conseil de famille dont la délibération doit se réaliser en la forme ordinaire. En conséquence, le père, ou à son défaut la mère, peut valablement la consentir, soit par acte authentique, soit par une déclaration faite devant le juge de paix, ou au greffe du tribunal de commerce.

87. — Devrait-on déclarer valable l'autorisation donnée par acte sous seing privé? Rien, dans le texte de la loi, n'exclut formellement cette forme. L'acte sous seing privé devant être enregistré et publié au tribunal, reçoit de cette double formalité une date certaine vis-à-vis des tiers.

[1] 26 janv. 1828.

Mais, malgré cette certitude dans la date, l'acte sous seing privé ne fait foi de l'écriture et de la signature qu'en tant que l'une et l'autre sont reconnues ou avérées. Or, est-il présumable que la loi ait voulu laisser planer sur l'autorisation un doute de cette nature? L'affirmative ne saurait être admise sans accuser la loi d'une imprévoyance fort dangereuse pour les tiers. La fraude, en effet, saurait d'avance se créer une ressource infaillible, en se ménageant une dénégation d'écriture, d'un effet d'autant plus certain qu'en réalité, et par suite d'un coupable concert, l'écriture ne serait réellement pas de celui auquel on l'attribuerait. La crainte seule d'un pareil résultat motive donc le rejet de la forme sous seing privé.

88. — La loi n'appelle la mère à autoriser son enfant mineur qu'en cas de décès, d'interdiction ou d'absence du père. La preuve légale des deux premières hypothèses, toujours facile à produire, ne permet pas d'entrevoir, à leur occasion, la moindre difficulté. Il n'en est pas de même de l'absence. On aurait pu craindre que par une confusion, que rien ne justifierait d'ailleurs, la mère ne se crût autorisée à délivrer l'autorisation par cela seul que le père ne serait pas présent sur la localité; et, pour prévenir cet abus, exiger que la faculté qui lui est déférée ne pût être exercée qu'après la déclaration judiciaire de l'absence. Mais l'inanité de cette crainte doit faire évanouir tout scrupule. L'article 863 du Code de procédure civile régit la mère voulant autoriser son enfant. Elle doit donc, avant de pouvoir y

procéder, se faire autoriser elle-même, et les magistrats auxquels elle s'adressera ne confondront pas une absence momentanée avec l'état d'absence présumée, exigé par le législateur. L'intervention de la justice est une garantie suffisante contre tout abus.

89. — L'autorisation donnée au mineur de faire le commerce, en termes généraux, est suffisante et régulière. On ne saurait le décider autrement que si la loi eût exigé qu'elle mentionnât le genre d'opérations auxquelles il entend se livrer. Une exigence de ce genre eût pu constituer un grave danger pour le mineur, puisque, lié par son autorisation, il n'aurait pu, sans autorisation nouvelle, se livrer à un autre commerce plus lucratif que celui dans lequel il n'aurait éprouvé que des pertes. D'ailleurs, quelles que soient les opérations qu'il entreprend, le mineur ne fait pas autre chose que le commerce, et c'est précisément ce à quoi il est autorisé. De là on a conclu qu'il pouvait même contracter une société commerciale.[1]

90. — Peut-il contracter cette société avec son père, lorsque c'est de lui qu'il a reçu l'autorisation?

La Cour de Douai a décidé la négative par arrêt du 21 juin 1827. Cet arrêt se fonde sur ce que l'autorisation n'étant exigée que dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner d'une personne intéressée et de la partie même qui traite avec lui; qu'il est de prin-

[1] Caen, 11 août 1828.

cipe, en droit, que nul ne peut être auteur dans sa propre cause, d'où il suit que dans l'espèce le père n'a pu valablement autoriser son fils à contracter avec lui-même, puisque, dans la réalité, c'est bien moins celui qu'on autorise qui contracte, que celui de qui l'autorisation émane; et qu'un père qui autorise son fils mineur n'agit que comme le représentant légal de ce dernier; qu'il est vrai de dire que, dans de pareilles circonstances, le père devrait être regardé, relativement à l'autorisation, comme n'existant pas, et qu'on devrait recourir au conseil de famille.

Cette doctrine ne nous paraît pas admissible. Elle arrive, en effet, par une application érronée d'un principe incontestable, à méconnaître l'esprit de la loi, à ajouter à son texte, à consacrer une grave atteinte à la puissance paternelle, à favoriser, dans tous les cas, une fraude fort dangereuse pour les tiers.

Sans doute, nul ne peut être auteur dans sa propre cause. Mais est-il possible d'appliquer cette règle en matière d'autorisation? Dans l'origine, le père n'a aucun autre intérêt que celui du mineur lui-même, et s'il est appelé par la loi à la consentir, c'est que, investi de la puissance paternelle, on a compris qu'on ne pouvait, sans violer le respect que cette puissance commande, soustraire le mineur à ses effets; c'est que l'affection si naturelle qu'il porte à son enfant était une garantie contre toute légèreté, dans une matière pouvant si déplorablement grever l'avenir de celui-ci.

L'autorisation est donc toute dans l'intérêt de ce dernier. C'est par elle qu'il acquiert la capacité de faire

le commerce sans restriction aucune, sans condition, sans autre guide que son intérêt. En d'autres termes, le mineur autorisé devient un véritable majeur pour tous les actes se renfermant dans l'exercice de la profession à laquelle il s'est voué.

Il n'est pas douteux qu'en cet état le mineur puisse contracter une société commerciale; et ce qui rend cette faculté incontestable, c'est qu'en agissant ainsi, le mineur obéit à un intérêt pressant. En effet, quelles que soient son intelligence et sa capacité personnelle, il lui importe de profiter de l'expérience de gens depuis longtemps versés dans la pratique des affaires, et qui pourront ainsi imprimer à ses premiers pas une habile et sage direction.

Pourquoi donc ne pourrait-il demander ce secours à son propre père? La qualité de celui-ci n'est-elle pas pour lui une garantie de plus? L'affection du père n'est-elle pas exclusive de toute idée de fraude dans la gestion qu'un associé ordinaire pourrait être tenté de diriger dans son intérêt exclusif? Il semble donc que, pour consacrer une prohibition de cette nature, il faudrait la rencontrer formellement écrite dans la loi.

Or, non-seulement le texte est muet, mais ce qui ressort en outre de l'esprit de la loi, c'est la proposition contraire à celle consacrée par la Cour de Douai. Il est facile de s'en convaincre en recourant à la discussion que l'article 2 subit au conseil d'Etat.

Nous l'avons déjà dit : la faculté, pour le mineur, d'exercer le commerce, fut contestée en principe. Si elle fut en définitive consacrée, c'est qu'il pouvait se

présenter des circonstances telles, que cette faculté devînt, pour le mineur, du plus grave intérêt. Ces circonstances quelles étaient-elles? *Celle*, disait M. Janet, *où le mineur épouse une femme qui possède un établissement de commerce ; celle où il devient l'*ASSOCIÉ *ou l'héritier de son père.*

Ainsi, l'association entre le père et son fils a été formellement prévue. C'est même pour la favoriser qu'on a permis au mineur de devenir commerçant. Comment dès-lors comprendre que le législateur n'eût pas indiqué la personne appelée, dans cette hypothèse, à donner l'autorisation, s'il avait voulu que le père ne pût la consentir lui-même? Cependant l'article 2 ne confère ce droit à la mère que dans le cas de décès, d'interdiction ou d'absence du père, et au conseil de famille qu'à défaut du père et de la mère.

Concluons donc que le législateur n'a nullement entendu, dans le cas d'une association entre le père et le fils, intervertir une règle fondée sur le respect de la puissance paternelle. Pourquoi l'eût-il fait d'ailleurs? Devait-il supposer que le père voulût entraîner son enfant dans l'abîme dans lequel il allait être lui-même précipité? Une pareille crainte eût imprimé à la loi un caractère d'immoralité qui explique pourquoi elle n'a dû ni pu s'en préoccuper. La loi ne dispose pas pour les cas exceptionnels; or, un père méditant traîtreusement la perte et la ruine de son enfant, est une de ces honteuses exceptions qui ne méritent pas d'être prévues. On ne devait pas surtout en faire le fondement de l'atteinte qu'on porterait à la puissance paternelle en

recourant à la famille pour l'exercice d'un de ses actes les plus importants.

En résumé, la loi a non-seulement prévu l'association entre père et fils, mais encore entendu la favoriser. Juge unique de l'opportunité et de l'avantage que cette association doit avoir pour ce dernier, le père ne pouvait pas ne pas être mis en mesure de la réaliser lorsqu'il l'a résolue. L'autorisation du mineur étant un préalable indispensable, le père a qualité et droit pour la consentir. Le priver de ce droit, ce serait admettre que la loi voulant la fin en a refusé les moyens, car la volonté du père pourrait venir échouer devant l'obstination irrationnelle, devant les petites passions, et quelquefois devant l'intérêt contraire de la famille. On ne peut donc légalement et juridiquement trancher notre question dans le sens de l'arrêt de la Cour de Douai.

91. — 4° *Publicité de l'autorisation.* — Le but de cette condition est facile à saisir. Elle a surtout pour objet d'édifier le public, et de le mettre à même de constater, si besoin en était, la capacité du mineur.

L'autorisation, enregistrée au tribunal de commerce du domicile du mineur, doit y être affichée. La loi ne s'expliquant ni sur la forme, ni sur la durée de cette affiche, il faut, par analogie, s'en référer aux dispositions des articles 67 du Code de commerce et 872 du Code de procédure civile. L'affiche se réalisera donc par l'insertion de l'autorisation au tableau indiqué par ce dernier, et devra y être maintenue pendant un an.

Le domicile du mineur est de plein droit celui de

son père ou de son tuteur. Mais celui qui est autorisé à faire le commerce est dès-lors apte à se choisir un domile distinct, qui est d'ailleurs, comme pour tous les commerçants, le lieu où il a son principal établissement. C'est donc au tribunal de commerce, et s'il n'en existe aucun, au tribunal civil de ce lieu que doivent se réaliser l'enregistrement et l'affiche.

92. — Telles sont, dans leur ensemble, les précautions au moyen desquelles le législateur a cru devoir permettre au mineur l'exercice du commerce. Chacune d'elles est impérieusement exigée. Ce n'est que par leur fidèle accomplissement que le mineur acquiert la capacité légale. Le défaut de l'une d'elles ou le vice qui l'entacherait laisserait le mineur sous le coup de l'incapacité dont la loi civile l'a frappé.

Dès-lors on ne pourrait, à raison des engagements qu'il aurait souscrits, ni le traduire devant le tribunal de commerce, ni obtenir la contrainte par corps. Sa déconfiture ne le constituerait pas en état de faillite, il ne pourrait en conséquence être poursuivi, et moins encore puni comme banqueroutier, simple ou frauduleux. [1]

93. — L'exécution régulière des prescriptions de l'article 2 a pour effet : 1° De donner au mineur tous les droits conférés par le chapitre 3, titre 10 du livre 1er du Code Napoléon ; 2° de le réputer majeur pour

[1] Cass., 2 décembre 1825.

tout ce qui concerne son commerce; 3° de le soumettre, quant à ce, à la juridiction consulaire et à la contrainte par corps; 4° enfin, de lui rendre communes toutes les obligations imposées aux commerçants, et notamment toutes les conséquences de l'état de faillite.

Il peut donc, en vertu de l'émancipation générale, faire tous les actes de pure administration, acheter même des objets étrangers à son commerce, sauf réductibilité en cas d'excès. En force de l'autorisation de faire le commerce, il acquiert la capacité de transiger, d'ester en jugement, de s'obliger, d'acheter et vendre des marchandises, d'emprunter, de souscrire des lettres de change ou des billets à ordre, sans pouvoir, dans aucun cas, se faire restituer contre ses engagements.

94. — Que d'abus peuvent surgir d'une pareille capacité, chez un jeune homme à peine âgé de 18 ans! Mais c'est ici que se manifeste la haute prévoyance de la disposition, exigeant cumulativement l'émancipation générale et l'autorisation.

En droit, cette dernière n'est pas révocable. De telle sorte que, définitivement enchaînée, une famille dont les espérances auraient été cruellement déçues par l'inconduite du mineur, par les excès dans lesquels il se jetterait, se verrait condamnée à demeurer spectatrice passive de ses actes insensés; à le laisser courir à sa ruine et à la misère, à ne pouvoir enfin prévenir

une faillite dont le déshonneur doit réjaillir jusque sur elle.

Il fallait, à tout prix, s'opposer à un pareil malheur, et le moyen c'est la nécessité de l'émancipation qui le fournit. Celle-ci, en effet, est essentiellement révocable si le mineur abuse de la concession qui lui en a été faite. Cette révocation amène *ipso facto* celle de l'autorisation. Le mineur n'est plus émancipé, et, dès-lors, une des conditions impérieusement exigées, pour qu'il puisse exercer le commerce, s'évanouissant, la capacité dont il a joui jusque là s'efface et disparaît.

95. — On arrive ainsi, par une voie indirecte, au résultat qu'on atteindrait par la révocation directe de l'autorisation. Mais il est évident qu'en pareil cas on ne pouvait se contenter du mode tracé par la loi pour la révocation de l'émancipation. Le public doit être averti, car, ayant jusque là traité régulièrement avec le mineur, il pourrait, ignorant son changement de situation, le faire encore et se trouver ainsi en présence d'un débiteur qu'il ne pourrait contraindre, ni commercialement ni civilement. L'acte de révocation devrait donc être publié dans la forme prescrite pour l'autorisation, à savoir par l'enregistrement et l'affiche au tribunal du domicile, sauf le droit que les juges appelés à prononcer cette révocation ont de prescrire tout autre mode de publicité qu'ils croiront utile. [1]

[1] Pardessus, n° 58; — Nouguier, pag. 249; — Orillard, n° 165.

96. — Nous verrons, sous l'article 6, les conséquences de l'administration du mineur commerçant, à l'endroit de ses biens immobiliers. Nous nous bornons à rappeler ici que, pour tout ce qui est en dehors du commerce pour lequel il est autorisé, sa position est celle du mineur émancipé.

97. — Observons de plus qu'aux termes précis de l'article 2, l'autorisation régulière ne couvre que les actes de commerce qui l'ont suivie. En conséquence, le sort de ceux qui l'auraient précédée obéira aux règles ordinaires du droit civil. Ils seront donc, suivant le cas, ou annulables ou simplement réductibles.

Cette conséquence nous amène à nous occuper d'une fraude que le désir de s'y soustraire peut déterminer. Les porteurs du titre nul ou réductible en obtiendront le renouvellement à une date postérieure à l'autorisation. Pourront-ils, en vertu de ce nouveau titre, contraindre le mineur, sans que celui-ci puisse leur opposer la véritable origine de la créance ?

Cette question doit se résoudre par les principes généraux sur la fraude. Celle qui a pour objet de dissimuler une incapacité légale est une fraude contre une loi d'ordre public, pouvant toujours être opposée, même par celui qui en a assumé la complicité.

Le mineur serait donc recevable à exciper de celle dont nous nous occupons, et à la prouver par témoins et même par présomptions. Cette preuve fournie, et la date véritable acquise, l'engagement antérieur à l'autorisation ne serait plus qu'un contrat purement civil,

régi par les règles applicables au mineur émancipé ou non.

On pourrait sans doute se prévaloir de l'article 1322, pour combattre notre solution. Mais nous avons déjà vu que la présomption que cet article crée n'était admise que jusqu'à preuve contraire, lorsque le souscripteur de l'obligation avait depuis peu perdu ou acquis la capacité de contracter.[1]

98. — La disposition de l'article 3 du Code de commerce était une conséquence forcée du principe consacré par l'article précédent. Le mineur, ne pouvant exercer le commerce qu'après autorisation, est évidemment incapable d'arriver par une voie indirecte au résultat qu'on voulait atteindre. Quelle que soit donc la commercialité de l'acte fait par le mineur, il ne pourra être ni traduit devant le tribunal de commerce, ni être soumis à la contrainte par corps. Son engagement n'en sera pas moins nul ou réductible, suivant les circonstances. Si on avait permis au mineur de faire valablement des actes de commerce, l'habitude à laquelle il se serait livré lui ferait bientôt acquérir cette qualité de commerçant à laquelle il ne peut atteindre que par une autorisation préalable.

D'ailleurs, si le mineur avait été capable à l'endroit des actes de commerce, bientôt tous ses engagements auraient revêtus ce caractère. La fraude aurait large-

[1] Voy. notre *Traité du dol et de la fraude*, n° 1276.

ment usé de ce moyen, et serait ainsi parvenue à annihiler la protection dont le droit civil a cru devoir l'entourer.

99. — Le mineur marié n'a pas la capacité d'exercer le commerce. Il ne remplit en effet, jusque là, qu'une des conditions de l'article 2, à savoir l'émancipation, conséquence légale du mariage lui-même. Il faut donc qu'il soit de plus régulièrement autorisé par son père, par sa mère à défaut de celui-ci, par le conseil de famille en absence de l'un et de l'autre. L'exercice du commerce, sans cette autorisation, ou en force d'une autorisation incomplète ou irrégulière, ne pourrait le faire réputer majeur quant aux engagements qu'il aurait souscrits.

—

ARTICLE 4.

La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.

ARTICLE 5.

La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé.

SOMMAIRE.

100. Aptitude et capacité de la femme pour faire le commerce. Position que le mariage lui fait à cet égard.
101. Responsabilité que le droit ancien faisait peser sur le mari. Conséquences.
102. Position que l'article 217 du Code Napoléon fait à la femme, marchande publique.
103. Le Code Napoléon n'avait pas à s'occuper des conditions devant faire acquérir cette qualité. Influence que l'article 217 a exercée sur le Code de commerce.
104. Dans la discussion de celui-ci, la difficulté s'offrit sur la forme qu'il convenait de donner à l'autorisation.
105. Observations à l'appui des deux systèmes présentés.
106. Adoption de celui présenté par le ministre, sauf rédaction.
107. L'autorisation peut être tacite. Exemples divers d'application de cette règle.
108. Conséquences de cette doctrine et de cette jurisprudence.
109. Motif de la différence entre le mineur et la femme mariée, à l'endroit de l'autorisation.
110. Autre motif donné par M. Nouguier. Son appréciation.
111. Difficultés que soulèvera la question de savoir si la femme est ou non marchande publique, à défaut d'un établissement public et spécial.
112. La femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ne peut être marchande publique sans le consentement du mari.
113. Peut-elle, au refus de celui-ci, se faire autoriser par justice?

137. Dans quels cas, la femme, marchande publique, est-elle tenue des faits de son mari?
138. La femme, comme le mineur, est recevable à quereller l'autorisation vicieuse ou irrégulière qu'elle aurait reçue.
139. La femme ne peut être marchande publique, si elle ne fait que débiter les marchandises de son mari.
140. Véritable acception des expressions de la loi, voulant que la femme exerce un commerce distinct et séparé.
141. Conséquences pour la femme qui, exerçant le commerce, se marierait sous le régime de la communauté, ou avec un commerçant.
142. Modifications que ces conséquences peuvent subir.
143. Applications diverses du principe posé par les articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce.
144. Les engagements que la femme souscrirait dans ce cas ne l'obligent point personnellement.
145. *Quid* à l'endroit du mari?
146. Difficultés qui pourront s'élever sur le consentement du mari à la gestion de sa femme. Solution.
147. Diverses décisions sur la matière.
148. Examen d'un arrêt de Bruxelles, indiqué comme ayant décidé dans un autre sens.
149. Nature des questions que les litiges de ce genre offriront à résoudre. Devoir des tribunaux.
150. Résumé.
151. La femme gérant le commerce de son mari ne peut s'engager personnellement sans une autorisation spéciale. Conséquences quant à l'aval qu'elle apposerait à l'obligation du mari.
152. La femme est-elle censée valablement autorisée par l'acceptation que ferait le mari d'une lettre de change qu'elle aurait tirée sur lui?
153. *Quid*, dans l'hypothèse inverse, de l'acceptation par la femme d'une lettre fournie sur elle par son mari?
154. Le mari peut-il ratifier seul l'acte nul pour défaut d'autorisation?

100. — L'aptitude de la femme à faire le commerce ne saurait être méconnue. Aussi a-t-elle été justement placée, en regard de son exercice, sur la même ligne que l'homme. Mineure, l'article 2 la soumet à l'autorisation. Majeure, elle n'a d'autre règle à suivre que sa propre volonté.

Mais le mariage modifie profondément son état et sa capacité. Soumise à la puissance maritale, elle doit se conformer aux exigences de celle-ci. On conçoit donc que cet état de dépendance relative ne permettait pas de la laisser indépendante à l'endroit du commerce. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que sa capacité, comme majeure, lui permettait de faire le commerce, tant que le mari n'avait pas manifesté une volonté contraire; qu'à raison des opérations auxquelles elle se livrait, elle était entièrement dégagée de toutes les règles de la puissance maritale.

C'est ce que nous trouvons inscrit dans les monuments les plus anciens de notre législation. Le chapitre 45 des établissements de saint Louis nous en fournit une preuve irréfragable . *Nul fame n'a réponse en cour laie, puisqu'ele a seigneur, si ce n'est du fat de son corps. Mais qui l'aurait batue, ou dit folie ou auttre deloiauté, en tele manière ele a réponse sans son seigneur, ou si ele était marchande, ele aurait bien la réponse des choses qu'ele aurait baillées de sa marchandise, auttrement non.*

Cette doctrine ne pouvait faire difficulté dans les pays de droit écrit , puisqu'il y était admis que la femme pouvait s'engager sans l'autorisation de son

mari.[1] Mais l'exigence contraire, consacrée en général dans les pays coutumiers, n'en avait nullement empêché la sanction. La jurisprudence des parlements ne laisse aucun doute à cet égard : *Negociatrix mulier, vinculis cogitur æs alienum exsolvere, licet in sacris mariti constituta sit.* Telle était la règle universellement admise.

101. — Quels devaient être les effets des engagements que la femme pouvait commercialement souscrire sans l'autorisation de son mari? Devait-on les réduire à grever exclusivement ses biens personnels? L'affirmative amenait à cette conséquence : d'une part, que le mari, ayant incontestablement profité du commerce de la femme, retiendrait, en cas de revers, les avantages antérieurement acquis et se trouverait libéré de toutes les charges, pouvant n'avoir d'autre origine que ces avantages mêmes; d'autre part, que la déconfiture déterminant la faillite, les tiers créanciers se trouveraient en présence d'un actif tellement illusoire qu'il ne leur offrirait aucune ressource.

Ce qui pouvait résulter de là, c'est que, dans la crainte de ce résultat, les tiers fussent amenés à n'accorder aucun crédit, et qu'ainsi le commerce de la femme fût d'avance condamné à l'impuissance.

Le remède à cet inconvénient était indiqué par la situation même des choses, rendre le mari responsable des engagements de la femme. C'est ce remède

[1] Denisart, v° *autor. mar.*, n°s 2 et suiv.

que notre ancien droit avait consacré; qu'il avait même porté fort loin, puisque non-seulement le mari était solidairement tenu, mais encore contraignable par corps.

Mais il était juste, dès-lors, que le mari ne pût encourir, malgré lui et sans son consentement, une pareille responsabilité. Aussi, était-on arrivé à conclure que la femme ne pouvait régulièrement exercer le commerce qu'avec l'autorisation de son mari. Néanmoins, comme l'existence de cette autorisation pouvait offrir des difficultés, donner matière à des fraudes de la part des époux, on la faisait de plein droit résulter de ce que la femme vendait et trafiquait publiquement, au vu et su de son mari, et sans obstacle de sa part. [1]

102. — Telle était, sur cette matière, l'état de la législation, jusqu'au moment où l'attention du conseil d'Etat fut appelée à poser les fondements et les bases de la législation nouvelle.

L'article 217 du Code Napoléon a fait une loi générale de la règle suivie en pays coutumier. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

Mais aussitôt, et par exception à ce principe général, l'article 220 ajoute : La femme, si elle est marchande publique, peut, sans autorisation de son mari, s'obliger

[1] Bornier, sur l'art. 8, titre 34, de l'ord. de 1667.

pour ce qui concerne son négoce, et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

103. — Remarquons que le Code Napoléon admet en principe que la femme a acquis la qualité de marchande publique et raisonne dans cette hypothèse. Il n'avait pas autre chose à faire. En effet, la détermination des conditions acquisitives de cette qualité était et devait être naturellement abandonnée au législateur commercial.

Mais, à son tour, celui-ci était en quelque sorte lié par le principe du Code Napoléon à l'endroit des effets des engagements contractés par la femme marchande. Ne voulant ni l'abroger ni le modifier, il admettait *a priori* la responsabilité du mari sous le régime de la communauté.

Cette responsabilité devait produire, dans le nouveau droit, une conséquence identique à celle que notre droit ancien en avait déduit, à savoir la nécessité d'un concours quelconque de la part du mari. Comment, en effet, consacrer, malgré son refus, une atteinte aux droits exclusifs qui lui sont conférés sur les biens communs? Comment, d'ailleurs, concilier l'indépendance absolue de la femme avec la puissance maritale que notre législation a tant renforcée?

104. — Aussi, dans la discussion que l'article 4 subit au conseil d'Etat, l'utilité de permettre à la femme l'exercice du commerce ne fut contestée par personne. La justice des conséquences attachées à cet exercice

par le Code Napoléon fut universellement reconnue. L'unique difficulté à résoudre consistait donc sur la forme qu'il convenait de donner à l'autorisation.

Deux systèmes fort opposés s'offraient à l'examen du conseil d'Etat. Le premier, proposé par le ministre, se formulait dans la disposition suivante : Le mari, dont la femme fait notoirement le commerce, est responsable des engagements qu'elle contracte pour les faits de son commerce, si elle n'est séparée de biens avec lui, et si la séparation n'a été enregistrée, publiée et affichée dans les formes voulues.

Le second, émané de la section de l'intérieur, tendait, au contraire, à ne permettre à la femme d'être marchande publique que lorsque le mari aurait donné son autorisation, et que celle-ci aurait été enregistrée et affichée, comme pour le mineur.

105. — A l'appui de cette disposition, M. Cretet faisait remarquer qu'il serait contre la nature des choses et les principes du droit civil, que la femme pût disposer des biens de la communauté sans l'autorisation de son mari; qu'à la vérité il est rare qu'elle fasse le commerce sans ce consentement, mais qu'il faut encore qu'elle ne puisse s'en passer. Autrement il lui suffirait, pour engager son mari, de souscrire des billets, parce que, par cet acte, elle se constituerait marchande publique.

Les partisans du premier système répondaient que, si la femme fait notoirement le commerce, il est impossible que le mari n'en soit pas instruit; qu'il n'y a donc

pas de précautions à prendre pour empêcher qu'il ne se trouve engagé malgré lui ; que, dès-lors, toutes les formalités proposées par la section devenaient inutiles ; que ce système pourrait même être dangereux, en ce qu'il ménagerait, à un mari de mauvaise foi, la ressource d'un désaveu tardif, pour échapper à des engagements que cependant il aurait tacitement autorisé sa femme à contracter.

Dans le droit existant, ajoutait M. Bigot de Préameneu, il suffit, pour que la femme soit réputée marchande publique, et engage à ce titre la communauté, qu'elle fasse le commerce sous les yeux de son mari. Il semble plus juste de faire dépendre ses engagements envers les tiers de ce fait seul, que des formalités établies dans l'article exigé.[1]

106. — Cette discussion amena le rejet du système adopté par la section. On lui préféra celui du ministre, sans cependant adopter la rédaction qu'il avait présentée. On craignit que l'existence de la notoriété ne devînt l'origine de difficultés qu'on tenait surtout à éviter en pareille matière. On se borna donc au texte actuel qui, éclairé par la doctrine ancienne, par la discussion elle-même, n'offre aucune prise au doute ou à l'incertitude. Des tiers au mari, tout dépend de la qualité réelle de la femme, plutôt que d'un fait particulier à ce dernier.

[1] Séance du 25 nov. 1806.

107. — Aussi la doctrine est-elle unanime sur ces divers points, à savoir : qu'à la différence du mineur, la femme n'a pas besoin que l'autorisation qui lui serait donnée soit enregistrée et affichée au tribunal de commerce, la loi n'exigeant que le consentement du mari; qu'il n'est pas nécessaire que ce consentement soit exprès ni écrit, il peut également n'être que tacite, et résulter des circonstances; qu'ainsi, si la femme se livre à des opérations commerciales, au vu et su de son mari, celui-ci est de plein droit présumé l'avoir légalement autorisée.

Cette doctrine est une déduction juste et logique de la discussion législative que nous venons de rappeler Aussi a-t-elle été universellement consacrée par de nombreux monuments de jurisprudence.

En effet, il a été jugé : que la femme mariée, qui tient sous son nom un hôtel garni, est réputée marchande publique, et peut valablement s'engager sans l'autorisation de son mari ; [1]

Que lorsqu'un mari ne s'oppose pas au commerce que sa femme fait sous ses yeux, il est réputé consentir à ce qu'elle soit marchande publique ; [2]

Que lorsqu'un mari commun en biens souffre que sa femme fasse, dans le domicile conjugal, un commerce de détail, distinct de celui qu'il exerce lui-même dans le même domicile, il est censé l'avoir expressément autorisée ou constituée sa mandataire ; et les obliga-

[1] Paris, 21 nov. 1812.
[2] Cass., 14 nov. 1820.

tions de la femme, à raison de son commerce, engagent la communauté; que le mari ne peut exciper du défaut d'autorisation expresse lorsque, après avoir manifesté l'intention d'empêcher sa femme de faire le commerce, il l'a néanmoins laissée continuer celui qu'elle avait commencé;[1]

Qu'à défaut d'un écrit, le consentement exigé par l'article 4 du Code de commerce, pour que la femme puisse faire le commerce et soit réputée marchande publique, résulte suffisamment de ce que la femme n'a fait un commerce séparé qu'au vu et su de son mari, et sans opposition de sa part;[2]

Que la femme mariée n'a pas besoin, pour faire le commerce, d'une autorisation écrite de son mari; qu'il suffit de son consentement tacite, lequel peut résulter notamment de ce que, étant marchande publique avant son mariage, elle n'a pas cessé de continuer son commerce.[3]

108. — Il résulte de cette doctrine et de cette jurisprudence que, en définitive, le mari autorise par cela seul qu'il n'empêche pas ou qu'il tolère. Les difficultés pouvant naître à cet égard offriront dès-lors des questions de fait dont l'appréciation rentre dans le domaine de la conscience, et est par conséquent abandonnée à l'arbitrage souverain du juge; que, comme sous l'em-

[1] Cass. 1er mars 1826.
[2] Cass., 27 mars 1832.
[3] Cass., 27 avril 1841; — *J. D. P.*, t. II, 1841, pag. 144.

pire du droit ancien, le silence ou l'inaction du mari équivaut de plein droit à autorisation, lorsque, sous ses yeux et à son vu et su, la femme s'est livrée à l'exercice du commerce.

109. — Ce qui ne serait pas suffisant à l'endroit du mineur, à savoir l'autorisation tacite, suffit donc pour que la femme soit légalement réputée marchande publique. La raison de cette différence est facile à saisir. L'incapacité du mineur est absolue et générale. Pour lui, la faculté d'exercer le commerce est une exception ayant pour objet de l'exonérer de son incapacité; il était donc rationnel, en ce qui le concerne, de subordonner l'effet à la certitude de la cause, et d'exiger, dans son propre intérêt, dans celui du public lui-même, que l'exception résultât d'un acte exprès et formel.

Comme tous les majeurs, la femme, même mariée, est en possession de toute sa capacité. Seulement des raisons de haute convenance devaient en subordonner les effets à l'autorisation du mari. Obligée de suivre la condition de celui-ci, on ne pouvait lui permettre de se créer un état et une position indépendants de l'état et de la position du mari. C'est là un avantage tout personnel à celui-ci, et auquel, par conséquent, il peut renoncer. Cette renonciation pouvait et devait s'induire de la tolérance qu'il met à ce que sa femme exerce, de fait, le commerce.

110. — A cette raison légale, M. Nouguier en ajoute une seconde. La femme, dit-il, est forcée de vi-

vre avec son mari ; or, il est impossible que celui-ci ne soit pas averti du commerce auquel elle peut se livrer, par le mouvement, la publicité que ce commerce exige. Par suite, les tiers, qui voient ce commerce se passer en quelque sorte sous les yeux de l'époux, n'ont pas besoin d'être officiellement avertis de son concours. Le mineur peut, au contraire, ne pas habiter avec sa famille; rien indique au public son âge, son aptitude légale. Il était donc convenable que le législateur ordonnât une salutaire publicité, établit une distinction fondée sur la situation respective des personnes.[1]

Cette raison ne nous paraît nullement décisive. Renversez en effet l'hypothèse; supposez que le mineur exerce le commerce dans le domicile de son père, sous les yeux de sa famille et même avec son concours; que la femme, avant comme après séparation, exploite le sien dans un domicile autre que celui de son époux, mais à son vu et su, cela empêchera-t-il que le mineur ne puisse être réputé majeur que s'il a été régulièrement autorisé? Que la femme ne soit censée l'être par cela seul que son mari n'a pu ignorer qu'elle se livrât publiquement au commerce? Nous ne voyons donc, dans le fait signalé par M. Nouguier, qu'une considération grave lorsque l'hypothèse qu'il suppose se réalise. La véritable raison de la distinction entre la femme et le mineur, c'est que l'incapacité est pour ce dernier le principe général, tandis que pour la femme elle n'est qu'une exception tout entière en faveur du mari, qui

[1] T. I, pag. 255, n° 2.

est présumé y renoncer par cela seul qu'il tolère au lieu d'empêcher.

111. — La question de savoir si la femme a été ou non autorisée étant subordonnée à la notoriété, à la publicité de son commerce, aucune difficulté ne saurait être prévue, lorsque la femme, ayant créé un établissement commercial, l'exploite d'une manière permanente, soit dans le domicile conjugal, soit dans un autre lieu de la localité habitée par son mari. Mais la femme peut acquérir la qualité de marchande, si elle a fait sa profession habituelle de l'exercice des actes de commerce. La prétention de la ranger dans cette catégorie offrira donc à apprécier d'abord l'habitude alléguée, ensuite l'existence du consentement du mari.

Nous avons déjà dit que les éléments de la première se puisent dans le caractère et la nature des actes, dans leur multiplicité, dans leur succession plus ou moins régulière, plus ou moins rapprochée, enfin dans la notoriété publique.

Cette dernière deviendra dans l'espèce d'autant plus décisive, qu'elle exercera une influence grave sur la question de savoir si le mari a ou non consenti. Comment admettre, en effet, que ce qui a frappé les yeux d'une cité tout entière ait échappé aux regards du mari, et qu'il ignore lui ce que tout le monde sait? Le consentement tacite pourrait donc s'induire de cette notoriété, indépendamment des autres circonstances qu'on pourra relever à l'appui.

Au reste, ce sont là des difficultés résidant plutôt dans

le fait que dans le droit. Nous l'avons déjà dit, leur solution est dès-lors souverainement laissée à l'arbitrage des tribunaux, dont l'indépendance est absolue.

Notons néanmoins que, dans notre hypothèse, la question de savoir si le consentement du mari existe est capitale, non-seulement par rapport aux effets que les engagements de la femme sont susceptibles de produire sur les biens de la communauté, mais encore à l'endroit de la femme elle-même. Celle-ci ne s'engage valablement qu'autant qu'elle est marchande publique. Mais si elle ne l'est pas, elle ne peut souscrire, même un acte commercial, sans l'autorisation spéciale et particulière à chaque acte. Quelques nombreux que fussent donc les engagements de cette nature, ils seraient, dans leur ensemble et séparément, atteints de la nullité résultant du défaut d'autorisation, à moins qu'on ne prouvât le concours ou le consentement même tacite du mari. Alors, en effet, la femme devient légalement marchande publique, et l'autorisation générale de faire le commerce lui confère la capacité pour tous les actes le constituant.

112. — L'obligation pour la femme de rapporter le consentement, au moins tacite, de son mari existe, quel que soit le régime sous lequel le mariage ait été contracté. Il est vrai que la femme dotale ou séparée de biens n'engage que ses propres. Mais l'article 217 est formel, et ses exigences se justifient sous un double rapport. L'autorité maritale commandait cet acte de déférence dont l'intérêt de la famille faisait une loi. Il

importe, en effet, à celle-ci que la fortune de la femme ne soit pas follement dissipée. Appeler le mari à veiller, dans tous les cas, sur le mode de sa disposition, était donc non-seulement un juste hommage à son autorité, mais encore un devoir imposé par les légitimes susceptibilités de la famille.

113. — Les articles 218 et 219 du Code Napoléon appellent les tribunaux civils à suppléer non-seulement à l'impossibilité dans laquelle se trouverait le mari, mais encore au refus qu'il ferait d'autoriser sa femme. Ce recours à la justice peut-il être admis pour l'autorisation à l'effet d'exercer le commerce?

Cette question est résolue négativement par M. Pardessus, enseignant que rien ne peut suppléer au consentement du mari qu'exige l'article 4.[1] Cependant M. Locré semble professer l'opinion contraire, en admettant l'intervention de la justice dans tous les cas où il y a lieu à autorisation par le mari.[2]

Cette opinion ne nous paraît pas admissible, en présence du texte de la loi, rapproché de l'esprit qui a présidé à son adoption.

L'article 4 exige, pour que la femme puisse être marchande publique, le consentement du mari. Ce qui prouve que ce consentement doit être le fait exclusif et personnel de celui-ci, c'est qu'il n'est pas nécessaire, à

[1] T. I, n° 63 ; — *Conf.*, Bravar-Veyrières, *Manuel du droit comm.* pag. 17 ; — Annotateurs de Zachariæ, t. III, pag. 334, note 44.

[2] *Esprit du Cod. du comm.*, art. 4.

défaut de concours dans l'acte, qu'il soit donné par écrit, comme l'exige l'article 217. Il est acquis par cela seul que le mari laisse sa femme exercer le commerce à son vu et su, et sans réclamation.

Ce caractère personnel exclut l'idée de toute contrainte judiciaire. Aussi, non-seulement la loi n'a-t-elle pas autorisé le recours à la justice, elle l'a de plus implicitement exclu. C'est ce que va nous apprendre la discussion que l'article 4 a soulevée dans le sein du conseil d'Etat.

Insistant sur la nécessité d'obtenir, pour la femme, l'assentiment du mari, le prince archichancelier disait : Il est difficile de comprendre comment la femme, qui a passé sous la puissance maritale, pourrait s'en affranchir et faire le commerce de sa seule autorité. On doit donc maintenir la puissance du mari, et ne permettre le commerce à la femme que lorsqu'elle a obtenu son autorisation, soit expresse, soit tacite.

Supposons ensuite que le mari veuille retirer son consentement, il est juste de ne pas lui laisser indéfiniment cette liberté, et de ne pas lui permettre de s'opposer, par caprice, à ce que la femme améliore la fortune de leurs enfants communs. Qu'alors le tribunal intervienne et prononce ![1]

Point de doute donc sur l'intention de l'orateur. En pareille matière, l'intervention de la justice n'est admissible que lorsqu'il s'agira du retrait d'une autorisation précédemment accordée. Alors le mari devra,

[1] Séance du 3 janv. 1807.

s'il en est requis, expliquer ce retrait et justifier qu'il n'est pas dicté par un pur caprice ou par un entêtement ridicule. Or, cette pensée était si bien celle du conseil d'Etat, que, dans la même séance, M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély prétendait la faire législativement formuler par l'adoption de la rédaction suivante : 1° la femme, sous puissance du mari, peut faire le commerce, si le mari y a donné son consentement exprès ou tacite et résultant de faits apparents ; 2° le mari peut, en tout temps, faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y a lieu, à le continuer.

Cette proposition ne fut pas adoptée, mais les motifs qui la firent repousser n'impliquent en rien la condamnation de la règle en faisant la base. La crainte de gêner l'indépendance qu'on voulait laisser aux tribunaux dans la recherche de l'existence du consentement, de ses caractères constitutifs fit préférer le laconisme de l'article 4.

La femme ne peut donc être marchande publique que du consentement de son mari. Le refus que celui-ci en ferait serait absolu et définitif. La justice n'est pas appelée à le contrôler. Elle ne pourrait surtout y suppléer sans porter une grave atteinte aux droits et à l'autorité du mari.

On pourrait objecter que cette atteinte est consacrée par la loi, l'orsqu'il s'agit pour la femme d'ester en jugement, ou de passer un acte, puisque, dans l'un et dans l'autre cas, la justice est appelée à autoriser en

cas de refus de la part du mari. Mais cette objection ne saurait être accueillie.

L'autorité maritale est une règle que notre législation actuelle a entendu renforcer, bien loin de prétendre l'affaiblir. Mais cette règle pouvait, comme toutes les autres, subir des exceptions. De là cette conséquence que, pour être admise, l'exception devra être non-seulement prévue, mais encore formellement consacrée. C'est ce qui se réalise pour le cas où le mari refuse d'autoriser la femme à ester en jugement, ou à passer un acte.

Que conclure de là? Qu'il faut, par analogie, autoriser des exceptions nouvelles, non prévues? Non, évidemment, car, en pareille matière, tout est de droit étroit. Ce qui doit nécessairement s'induire du silence du législateur, c'est qu'il a entendu exclure l'hypothèse sur laquelle il ne s'est pas expliqué. On connaît la maxime : *Qui dicit de uno, de altero negat*. Refuserait-on de le décider ainsi dans le cas, par exemple, où la femme demanderait d'être autorisée à administrer ses biens, et permettrait-on à la justice de lui accorder cette autorisation, sur le refus que le mari ferait de la consentir?

Au fond, peut-on assimiler les hypothèses prévues par les articles 218 et 219 du Code Napoléon, avec l'autorisation à l'effet d'exercer le commerce? Ce qui ressort de ces deux dispositions, c'est que le législateur a entendu faire de l'autorisation maritale une mesure de sage précaution et non un instrument de vexations injustes. Or, elle pouvait prendre facilement ce carac-

tère surtout après la séparation des époux, laissant la femme dans la nécessité de se pourvoir de l'autorisation.

D'autre part, la justice n'est autorisée à suppléer au refus du mari que lorsque l'acte pour lequel le concours de celui-ci est requis est réellement avantageux à la femme. Il faut donc qu'elle soit mise à même de se convaincre de ce caractère. Cela lui est possible et facile dans les hypothèses des articles 218 et 219. Les conséquences que peut avoir le jugement, ou l'acte, à l'occasion duquel l'autorisation est demandée, peuvent être actuellement appréciées, et il est juste, s'il s'agit pour la femme d'un avantage à conserver ou à acquérir, qu'elle ne soit pas empêchée d'agir par le mauvais vouloir, par la haine ou le ressentiment, par une simple erreur d'un mari entêté ou peu éclairé.

Que pourrait faire la justice, investie de la demande en autorisation d'exercer le commerce? A-t-elle des éléments d'appréciation de son utilité? Peut-elle en prévoir les conséquences ou en juger les résultats? Malgré les plus magnifiques apparences, n'a-t-on pas à craindre de funestes revers, occasionnés par l'administration de la femme ou par une de ces crises venant si souvent et si brusquement bouleverser et tromper les calculs de la plus extrême prudence? C'est donc en aveugle que la justice serait condamnée à agir; c'est à l'incertitude et aux hasards qu'elle confierait la fortune de la femme, contrairement à la volonté du chef de la famille, et aux risques et périls de celle-ci.

Ce n'est pas tout encore. L'autorisation de la justice

produit les mêmes effets que celle du mari qu'elle remplace. Les engagements de la femme ainsi autorisée réfléchiraient sur la communauté. Le mari verrait donc, non-seulement son autorité méconnue, mais encore sa fortune propre compromise et dissipée, et tout cela contre sa volonté et malgré la plus vive opposition. Un pareil système, conduisant à de telles conséquences, serait une monstruosité. C'est ce qui explique que le législateur n'ait pas même conçu la pensée de le consacrer.

Réduisit-on les engagements de la femme judiciairement autorisée à sa fortune personnelle, qu'on ne causerait pas moins un grave préjudice au mari. Suivant le régime adopté, les revenus de cette fortune appartiendront à celui-ci, ou bien ils contribueront, dans une proportion déterminée, aux charges du ménage. Conséquemment, exposer les biens de la femme aux chances du commerce, c'est courir le danger de tarir ces sources, peut-être indispensables au bien-être de la famille; c'est en augmenter les charges par l'obligation de nourrir et d'entretenir la femme après sa ruine, c'est enfin attenter à l'honneur du mari en lui imposant une inévitable solidarité dans la honte d'une faillite. Qu'on tolère de pareilles éventualités lorsque le mari a volontairement consenti, c'est là ce qu'on pouvait admettre, mais qu'on les lui impose lorsqu'au lieu de consentir il s'est énergiquement opposé, c'est ce que la raison et la justice ne permettent pas de consacrer.

114. — Nous n'hésitons donc pas à nous ranger à

l'opinion de M. Pardessus : le refus du mari laisse la femme sans recours possible. Mais nous ne pouvons pas admettre avec lui qu'il doit en être de même lorsque le mari, ayant d'abord consenti, prétend revenir et rétracter son autorisation. Nous croyons, au contraire, que, dans cette hypothèse, la femme a la faculté de repousser la prétention de son mari et d'obtenir de la justice le droit de continuer son commerce.

Nous venons de voir que cette règle, posée par l'archichancelier, ne rencontra aucun contradicteur dans le sein du conseil d'Etat. On reconnut donc *qu'on ne pouvait permettre au mari de s'opposer, par caprice, à ce que la femme améliorât la fortune de leurs enfants communs. Qu'alors*, concluait-on, *le tribunal intervienne et prononce*!

Il est évident qu'en principe le mari, étant le chef et maître de la femme, a toujours le droit de révoquer le consentement exprès ou tacite, en vertu duquel celle-ci exerce le commerce. Il le peut alors même qu'ayant épousé une marchande publique, il l'aurait expressément autorisée, dans le contrat de mariage, à continuer son état. La doctrine est unanime sur ce point, par le motif que l'article 4 ne concerne pas seulement la femme qui prétend devenir commerçante, qu'il régit même celle qui veut continuer de l'être. C'est ce qu'indiquent suffisamment les expressions du législateur : *La femme ne peut être.....*

D'autre part, il est vrai que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Mais, quelque illimitée que

soit la liberté des époux en matière de contrat de mariage, leur droit s'arrête devant un commandement exprès de la loi. Or, d'une part, l'article 1388 défend de déroger aux règles de la puissance maritale; de l'autre, aux termes de l'article 223, l'autorisation générale n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. La stipulation par laquelle le mari s'interdirait d'empêcher à sa femme l'exercice du commerce serait donc attaquable sous un double rapport. Elle dérogerait à la puissance maritale, elle excèderait, en faveur de la femme, les bornes d'une simple administration. Elle serait donc, sous l'un et l'autre rapport, frappée d'une nullité légale et absolue.

Le mari pourrait donc toujours révoquer son autorisation. Mais autre chose est de refuser à la femme la permission de devenir marchande publique, autre chose de retirer cette permission. En effet, l'autorisation précédemment donnée suppose que la femme offre, sous le rapport de l'aptitude et de l'intelligence, toutes les garanties désirables; elle crée en sa faveur un engagement qu'elle continuera son état tant que la réalité ne viendra pas faire évanouir les espérances conçues sous ce double rapport; tant que, par son incurie ou son insuffisance, elle ne mettra pas le mari dans la nécessité de rétracter son autorisation, afin d'empêcher une imminente catastrophe.

Ainsi, par cela seul qu'il a consenti d'abord, le mari voulant rétracter son autorisation est obligé de se fonder sur le désordre des affaires de sa femme, ce que celle-ci pourra contester. Or, à l'époque où la révoca-

tion sera poursuivie, les résultats matériels du commerce pouvant être constatés, les bénéfices ou pertes justifiés, la justice aura tous les éléments pour prononcer en connaissance de cause.

Conséquemment, l'appeler à prononcer entre les deux époux n'offre plus les inconvénients que nous signalions tout à l'heure pour repousser son concours, en cas de refus de l'autorisation. On doit donc d'autant moins hésiter à s'en référer à sa décision, que le jugement, uniquement relatif à l'état actuel des choses, laissera les droits du mari intacts pour l'avenir. Déclaré non-recevable en l'état, celui-ci pourra renouveller sa demande et la voir accueillie, si des pertes ultérieurement éprouvées, si des crises fâcheuses rendent le commerce dangereux pour la femme ou pour la famille.

115. — Cette solution rentre dans l'esprit général de la loi, car elle n'a pour but que de protéger la femme contre les caprices, la haine ou le ressentiment du mari, ce qu'il importe de faire dans notre hypothèse comme dans toutes les autres. Aussi a-t-elle reçu l'adhésion de nombreux et savants jurisconsultes. MM. Sébire et Carteret l'adoptent, tout en recommandant aux tribunaux la plus grande circonspection dans l'exercice de leur mission.

M. Orillard va plus loin. Après avoir rappelé que la justice ne doit pas permettre trop facilement à la femme de se créer une position et une existence à part de celle de son mari, dont elle doit suivre la condition, cet honorable auteur continue : Toutes les fois que le

mari peut fournir à tous les besoins de la femme et à ceux de leurs enfants avec ses propres ressources, les tribunaux doivent respecter la volonté maritale. Mais si un époux ne pouvait, avec ses propres moyens, subvenir à toutes les dépenses de sa famille, et que la femme pût, par un commerce lucratif et honorable, faire face à tous les besoins, ce serait le cas seulement, pour les juges, d'accorder une autorisation qu'un mari mal éclairé refuserait contre ses propres intérêts : *Malitiis hominum non est indulgendum.*[1]

A notre avis, le seul élément décisif d'appréciation est, en pareil cas, l'état actuel du commerce que le mari veut interrompre. Peut-être, même, que si la position de fortune des époux était à considérer, faudrait-il en tirer une conclusion diamétralement opposée à celle de M. Orillard. Celui, en effet, qui possède beaucoup peut risquer quelque chose. Mais comment imposer ce risque à qui peut à peine fournir à ses besoins? Que répondrait-on au mari disant : Il vaut mieux vivre avec peu, que de s'exposer d'être obligé de vivre avec rien !

L'état pécuniaire des époux ne peut donc exercer qu'une influence très secondaire. Ce qui est à considérer, c'est, nous le répétons, l'état actuel du commerce dont la femme sollicite la continuation. Autant on accorderait cette permission si ce commerce n'avait pas cessé d'être lucratif, autant on devrait se hâter d'interrompre celui qui depuis un temps plus ou moins long n'aurait offert que des pertes.

[1] N° 170.

Ainsi, en principe, le mari peut rétracter son autorisation. Mais il importe que ce retrait ne s'effectue pas en temps inopportun ou ne soit pas dicté par un pur caprice, ou par une animosité. Dans l'un et dans l'autre cas, la femme est recevable à le contester et à se pourvoir devant la justice pour être autorisée à continuer ses opérations. C'est ce que la Cour de Paris a formellement jugé par arrêt du 24 octobre 1844.[1]

116. — Le retrait du mari, non contesté par la femme ou accueilli par jugement, si elle s'est pourvue contre, doit recevoir une publicité suffisante pour avertir le public. Ce retrait ne peut, dans aucun cas, devenir un piége contre les tiers qui, dans l'ignorance où on les aurait laissés, pourraient continuer de traiter avec la femme. Cette publicité pourrait être celle dont nous avons parlé à l'occasion du retrait de l'émancipation. En même temps la femme devrait cesser effectivement le commerce. Le mari qui, après avoir retiré son consentement, laisserait sa femme continuer le commerce, à son vu et su, perdrait le bénéfice de la rétractation et serait, de plein droit, présumé avoir renoncé à ses effets.

117. — En résumé, donc, la femme ne peut être marchande publique qu'avec le consentement de son mari. Ce consentement n'a pas besoin d'être exprès. Il peut être tacite et résulter de tous faits impliquant la

[1] *J. D. P.*, l. II, 1844, pag. 461.

connaissance du commerce exercé par la femme. Mais il importe que ces faits aient une relation directe et formelle avec la connaissance du commerce. Ceux qui ne créeraient qu'une analogie plus ou moins sérieuse, ne seraient pas suffisants pour suppléer au consentement. C'est ainsi que, quelque étendu que fût le pouvoir donné à la femme par le mari de gérer et d'administrer la communauté, on ne saurait y voir l'autorisation de se livrer à des spéculations commerciales.[1]

Le refus par le mari de consentir à ce que la femme exerce le commerce, est, pour celle-ci, la négation absolue de tout commerce. Elle n'est pas recevable à demander à la justice de l'y autoriser. Il n'en est pas ainsi lorsque le mari, après avoir consenti, veut rétracter son autorisation. Comme ce retrait ne doit être inspiré que par des motifs légitimes, la femme pourra toujours en contester l'opportunité et le mérite, et appeler la justice à prononcer entre elle et son mari.

118. — Tout ce qui précède suppose que la femme mariée a atteint et dépassé l'âge de la majorité légale, que son mari lui-même est majeur. Si l'un ou l'autre, ou tous les deux, étaient encore mineurs, il y aurait lieu à recourir à d'autres principes.

La minorité de la femme mariée voulant exercer le commerce, la place sous le coup de la disposition de l'article 2. Elle ne pourrait donc se livrer régulièrement à cet exercice qu'après y avoir été dûment autorisée.

[1] Pardessus, n° 63; — Nouguier, pag. 255.

119. — Mais de qui devrait émaner cette autorisation? Celle donnée par le mari suffirait-elle pour habiliter la femme?

La négative est généralement admise en doctrine. Le motif qui a paru déterminant, c'est la crainte que le mari accordant, de sa propre autorité, à sa femme, le droit d'aliéner ses immeubles avant sa majorité, pût ainsi se ménager les moyens d'une spoliation frauduleuse.[1]

C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Toulouse, par arrêt du 26 mai 1821 : « Attendu, dit la Cour, qu'aux termes de l'article 2 du Code de commerce, tout mineur, même émancipé, et de l'un ou de l'autre sexe, qui veut faire le commerce, doit préalablement être autorisé par son père, à défaut du père par la mère ou par le conseil de famille, laquelle autorisation doit être enregistrée et affichée au tribunal de commerce ;

« Attendu que si ces formalités n'ont pas été remplies, le mineur n'est point réputé majeur pour ses engagements ;

« Attendu que l'article 4 du même Code, en exigeant, quant aux femmes mariées, le consentement du mari, ne déroge point à l'article 2 puisque, malgré l'existence de ce dernier article, il résulte toujours que tout mineur émancipé ne peut faire le commerce qu'après y avoir été autorisé par les auteurs de ses jours, ou

[1] Pardessus, n° 63 ; — Devincourt, *Droit comm.*, t. II, pag. 7, n. 8 ; — Duranton, t. II, n° 476, et t. III, n° 700 ; — Vazeilles, *Mar.*, t. II, n° 330 ; — Nouguier, t. I, pag. 261 ; — Sebire et Carteret, n° 298 ; — O illard, n° 168.

par sa famille, et que la femme, quoique mariée, se trouve comprise dans cette catégorie, le mariage n'ayant eu d'autre objet que de l'émanciper de plein droit;

« Attendu que l'esprit du législateur, en émettant l'article 2, a été d'éviter la ruine des mineurs; que ce but serait manqué s'il dépendait du mari, par une simple autorisation, de mettre sa femme à même d'hypothéquer ou d'aliéner ses immeubles. »

Le caractère juridique de cet arrêt ne saurait être contesté, il importe, en effet, de constater que l'article 2 ne fait aucune distinction entre le mineur marié et celui qui ne l'est pas. Sa disposition est absolue, et l'article 4 n'y introduit aucune dérogation. Celui-ci suppose évidemment que la femme est majeure, car il ne s'occupe qu'à régler l'incapacité naissant pour elle du mariage lui-même, et les effets de la puissance maritale.

Il faut donc arriver à cette conclusion que la femme mariée, si elle est encore mineure, est atteinte d'une double incapacité : celle comme mineure, celle comme femme mariée. La première, fondée sur la faiblesse et l'inexpérience, n'est pas effacée par le mariage, qui la modifie seulement par l'émancipation qu'il confère. Elle ne peut donc s'affranchir de ses liens, à l'endroit du commerce, qu'en remplissant les formalités exigées par l'article 2. Mais ces formalités accomplies, reste l'incapacité résultant du mariage, et celle-ci, à son tour, ne s'efface que par le consentement du mari, conformément à l'article 4.

Le système contraire tendrait à ce singulier résultat que, laissant le mari mineur sous le poids d'une incapacité absolue relativement à la disposition de ses immeubles, le mariage aurait pour la femme un résultat tout opposé. Ce qui, formellement condamné par le droit ancien, [1] n'a pas cessé de l'être sous l'empire du Code.

120. — C'est cependant ce système que la Cour de Grenoble a cru devoir consacrer par arrêt du 17 février 1826. Mais cet arrêt ne discute pas la question, il se borne à la résoudre en appliquant l'article 4, sans indiquer les motifs qui doivent le faire préférer à l'article 2. On ne saurait donc lui reconnaître une autorité quelconque. Il ne peut surtout infirmer celui de Toulouse, dont la doctrine, beaucoup mieux justifiée en droit, doit être préférée.

La femme mineure, ayant fait le commerce avec l'autorisation de son mari seulement, ne serait donc pas réputée majeure pour les engagements par elle souscrits. Emanés d'un mineur émancipé, ces engagements resteraient soumis aux règles tracées pour les mineurs de cette catégorie.

121. — Si la femme était majeure, pourrait-elle régulièrement exercer le commerce avec l'autorisation de son mari, s'il était, de son côté, encore mineur?

La négative ne saurait être douteuse. Le mineur,

[1] Pothier, de la *Puiss. maritale*, n° 32.

même marié, ne peut lui-même devenir commerçant qu'après y avoir été autorisé dans les formes prescrites par l'article 2. Comment pourrait-il conférer à un autre la capacité qu'il n'a pas lui-même?

Cependant il peut être urgent pour la femme de ne pas attendre la majorité de son mari, comme si elle était appelée à succéder au commerce de son père ou de tout autre parent. Par quelle voie lui sera-t-il permis d'éviter l'obstacle qu'elle rencontre? A qui demandera-t-elle l'autorisation? Elle doit, dit M. Duranton, s'adresser à la justice, [1] et cette opinion est celle qu'enseigne M. Pardessus.

M. Vazeilles pense que l'époux mineur doit, dans cette hypothèse, recourir à ses parents. De même, dit-il, que ceux-ci peuvent, par leur consentement formel, le rendre capable de faire le commerce et lui donner, à cet effet, une capacité anticipée, de même, ils pourront l'habiliter à donner à sa femme l'autorisation de se faire marchande publique. Appuyée sur celle de ses parents, qui doit être constatée par écrit, enregistrée et publiée au tribunal, l'autorisation du mineur sera, comme celle du majeur, également efficace, tacite ou expresse. [2]

Cette opinion paraît préférable à M. Orillard; en effet, dit-il, un ou plusieurs juges, pris dans la famille, seront toujours mieux à même de décider la question relative à l'autorisation sollicitée que des magistrats

[1] T. 2, n° 478.
[2] *Traité du mariage*, t. II, pag. 71, n° 331.

qui n'ont pas un intérêt aussi direct à la prospérité du jeune ménage, et qui ne sont pas, comme des parents, initiés à tous les secrets de la famille. [1]

D'autres, enfin, ont prétendu déduire, du silence que la loi garde sur notre hypothèse, l'impossibilité absolue pour la femme de devenir marchande publique. Les incapacités, disent-ils, ne peuvent cesser qu'en présence d'une disposition légale. Or, la législation n'a autorisé ni le mari mineur, ni les parents du mari, ni la justice à donner à la femme le consentement nécessaire à l'exercice du négoce. C'est ce que pensent notamment MM. Nouguier, Sébire et Carteret. [2] C'est ce qu'on a également voulu induire d'une note de MM. Delamarre et Lepoitevin. Mais, en réalité, ses honorables jurisconsultes n'examinent et ne résolvent pas notre question. [3]

Cette dernière opinion nous paraît se placer en opposition directe avec l'esprit de la loi, en créant une hypothèse dans laquelle la femme serait fatalement empêchée d'exercer le commerce, quelque grave que fût l'intérêt qu'elle aurait à agir autrement. Nous avons vu, en effet, que ce qui avait fait introduire l'exception en faveur du mineur, était précisément qu'il pouvait se rencontrer des circonstances telles, que le maintien de son incapacité lui occasionnerait un grave et notable préjudice. Ce qui est possible pour

[1] N° 167.
[2] T. I, pag. 262, *Encyclop.*, n° 300.
[3] *Contrat de com.*, t. I, pag. 92, n° 53.

le mineur, peut également se rencontrer pour la femme dont le mari n'a pas encore atteint sa majorité. Par exemple, comme nous le disions tout à l'heure, si elle était appelée à succéder à son père ou à tout autre parent dont le commerce, en voie de prospérité assurée, ne pourrait être abandonné sans un grave dommage. Pourquoi donc établir entre cette femme et le mineur une différence si essentielle, et comment admettre que le législateur, dans une position identique, n'ait pas entendu faire pour l'une ce qu'il a fait pour l'autre?

Il doit donc y avoir un moyen légal de sortir de la difficulté offerte par notre hypothèse, et ce moyen, nous le demanderons aux principes généraux réglant l'incapacité du mineur.

Non, sans doute, la famille n'a pas reçu de la loi le pouvoir d'autoriser le mari mineur à donner à sa femme l'autorisation d'exercer le commerce. Cette autorisation est un acte tenant essentiellement à la vie civile et excédant, en conséquence, la capacité purement commerciale conférée au mineur.

Non, sans doute, et nous venons de le dire nous-même, la justice ne peut, en cas de résistance de l'époux, concéder à la femme l'autorisation de se faire commerçante. Mais ce que la justice a mandat de faire, c'est d'habiliter le mineur à passer certains actes qu'il ne pourrait faire seul. N'est-elle pas, en effet, appelée à sanctionner le plus exorbitant de tous, l'aliénation des immeubles?

C'est donc à elle qu'on devra recourir lorsque le mari, encore mineur, voudra autoriser sa femme à

exercer le commerce. C'est dans la forme admise pour les aliénations qu'il devra être procédé, c'est-à-dire que le conseil de famille sera consulté, et que sa délibération sera soumise à l'homologation du tribunal, qui admettra ou repoussera la demande du mineur. Ainsi les inconvénients signalés par M. Orillard s'évanouissent, puisque la justice n'est appelée à se prononcer qu'en second ressort, et qu'elle pourra consulter le témoignage écrit, authentique des parents sur l'opportunité et l'avantage de la mesure réclamée.

122. — Telle nous paraît la solution rationnelle et légale que doit recevoir la difficulté dont nous nous occupons. Cette solution, nous l'admettons également dans le cas où le mari est dans l'impossibilité, quoique majeur, de manifester une opinion. L'esprit de la loi n'admettant aucune impossibilité invincible, ce serait le méconnaître que d'en faire résulter une de l'interdiction ou de l'absence du mari. D'ailleurs, il ne s'agit plus ici d'autoriser la femme malgré la volonté de son mari, on doit au contraire supposer qu'il consentirait, s'il pouvait le faire, à un commerce susceptible de créer de nouvelles ressources à la famille. Dès-lors, la famille doit être appelée à s'expliquer sur la demande de la femme, et sa délibération, déférée à la justice, suffit, si elle est homologuée, pour constituer la femme marchande publique.

123. — La femme majeure, régulièrement autorisée par son mari, jouit, quant au commerce, d'une capacité

générale et absolue. Elle peut, sans autorisation spéciale, faire tous les actes s'y référant. Ainsi elle est apte à acheter et vendre des marchandises ; à consentir des louages d'ouvriers ; à souscrire des lettres de change ou billets à ordre ; à les accepter ou à les transmettre par endossement ; à faire, en un mot, tout ce qu'exigent les besoins du commerce auquel elle se livre.

Cette règle, consacrée par l'article 220 du Code Napoléon, était également suivie sous notre ancien droit. Il était même impossible qu'il en fût autrement. La loi, permettant à la femme l'exercice du commerce, devait nécessairement lui en faciliter les moyens. Or, exiger pour chaque acte distinct une autorisation spéciale et particulière, c'était semer sur sa route des obstacles tels que, tout en lui permettant le commerce, on lui en rendait l'exercice impraticable. La femme, disait Pothier, n'ayant pas toujours son mari à ses côtés qui puisse l'autoriser pour ses actes, lesquels ne souffrent pas souvent des retardements.[1]

124. — Mais les effets de l'autorisation générale du mari ne protègent que les opérations véritablement commerciales. La femme marchande publique, si elle se livrait à une opération de la vie civile ordinaire, se retrouverait en présence de son incapacité absolue, et ne pourrait valablement contracter qu'avec l'autorisation spéciale de son mari. De cette règle on a conclu

[1] De la *Puiss. marit.*, partie 1re, sect. 2, § 2.

qu'elle ne pourrait, sans cette autorisation, cautionner un tiers commerçant.

Le contraire, enseigné par Voët,[1] a été admis par arrêt de la Cour de Paris, du 7 décembre 1824. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que, dans l'espèce, la femme marchande publique était en outre séparée de corps et de biens d'avec son mari, qu'elle n'avait donné qu'un cautionnement mobilier; et que ce cautionnement n'était contesté ni par elle, ni par son mari, mais uniquement par le créancier du débiteur cautionné.

Quant à l'opinion de Voët, elle paraît trop générale à Merlin. Elle doit, dit ce célèbre jurisconsulte, se restreindre au cas où la femme serait associée d'intérêts avec le commerçant qu'elle cautionnerait. C'est la seule circonstance où une telle obligation soit relative à son négoce et où on puisse, par conséquent, adopter l'exception que la faveur du commerce a fait apporter à l'incapacité des personnes du sexe.[2]

Ainsi la faculté de cautionner ne résulte pour la femme de l'autorisation de faire le commerce qu'en tant que ce cautionnement se réfère aux opérations pour lesquelles elle a reçu une entière capacité. Tel serait évidemment celui que la femme aurait consenti en faveur de son associé commercial, pour qu'il pût continuer le concours qu'il prête à la société.

125. — L'association a donc pour premier effet

[1] *Ad Pendect.*, lib. 23, tit. 2, n° 41.
[2] *Rep.* v°, *autoris. marit.*; — conf., Vazeilles, t. II, n° 332.

d'agrandir la capacité de la femme. De plus, en la contractant, celle-ci aliène une partie de son capital, réduit ses bénéfices et aggrave sa responsabilité en se soumettant à celle que peut entraîner l'administration d'un tiers. Dans le cas où elle est mariée sous le régime de la communauté, le mari, également tenu du fait de ce tiers, se trouve aussi dans une position de nature à lui occasionner un grave préjudice.

Ces considérations signalaient à l'examen des jurisconsultes la question de savoir si la femme marchande publique pouvait, sans une autorisation nouvelle et spéciale, contracter une société commerciale?

La négative a été adoptée par le tribunal de commerce de la Seine, et il ne paraît pas que sa décision, rendue le 3 novembre 1843, ait été déférée au degré supérieur de juridiction. Cette décision, rapportée par M. Nouguier,[1] est ainsi conçue :

« Attendu que le fait de s'associer n'est pas un des actes qui se trouvent définis dans les articles 632 et 633 du Code de commerce, que c'est un contrat par lequel on met quelque chose en commun dans le vu de partager le bénéfice qui pourra en résulter ;

« Attendu qu'en contractant la société dont s'agit, la dame Vero a commencé par aliéner, sans le concours de son mari, partie de son fonds de commerce; qu'elle a de plus donné l'autorisation à un tiers de l'obliger comme si elle s'engageait personnellement ; qu'elle a encore ainsi aliéné une partie de ses droits ; qu'elle a

[1] T. I, pag, 258.

en outre pris l'engagement d'exploiter un hôtel garni, tandis que le consentement donné par son mari est limité à l'exploitation d'un fonds de commerce de charcuterie et de comestibles. »

Ce dernier motif était en lui-même plus que suffisant pour déterminer la nullité de la société. Nous l'avons déjà dit : Il n'en est pas de la femme mariée comme du mineur. L'autorisation de faire le commerce, régulièrement conférée à celui-ci, est générale et absolue ; elle comprend virtuellement tous les actes de commerce, et ne souffre d'autre exception que celle tirée du caractère non commercial de l'acte qu'il se serait permis. La femme au contraire, expressément ou tacitement autorisée, n'est jamais censée l'être que pour un commerce déterminé, à savoir celui qu'elle a réellement entrepris et qu'elle exerce au vu et su de son mari. Ainsi, dit M. Delvincourt, elle ne serait pas valablement engagée si faisant, par exemple, le commerce des toiles, elle contracte, sans autorisation de son mari, des obligations pour achat de fers. [1]

Cela posé, il est évident que lorsque la femme contracte une société et que dans l'acte elle prend l'obligation d'exploiter une branche de commerce autre que celle pour laquelle elle a été autorisée, elle ne fait pas un acte de son commerce ; qu'elle excède donc sa capacité, et que son engagement est nul, si elle n'obtient pas de son mari une autorisation nouvelle et spéciale.

Nous n'admettons pas, avec le tribunal de commerce

[1] *Droit commercial*, t. I, pag. 167.

de la Seine, que la souscription d'une société de commerce ne soit pas un acte de commerce. La proposition contraire nous paraît seule vraie et conséquemment seule admissible. Mais nous convenons avec lui qu'un pareil contrat n'est pas un accessoire du commerce de la femme, tel que le mari ait pu le prévoir; que celui-ci est donc recevable et fondé à demander la nullité de l'association, à prétendre que s'il a consenti à ce que sa femme devînt marchande publique, c'est qu'il comptait sur sa prudence et sur sa capacité, et qu'il eût certainement refusé son adhésion s'il avait pu croire qu'elle s'associerait à un tiers ne lui offrant pas les mêmes garanties; que, d'ailleurs, il n'entend pas subir les conséquences du développement que l'association va nécessairement imprimer au commerce.

Mais, pour que cette réclamation du mari fût accueillie, il faudrait qu'il l'eût émise immédiatement après avoir appris l'existence de la société. Il en est, en effet, de la société contractée par la femme comme du commerce lui-même. Le mari serait censé avoir consenti par cela seul qu'il a toléré. Conséquemment, celui qui se serait tu d'abord verrait sa réclamation ultérieure repoussée comme n'étant plus recevable. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la femme a pu valablement former une société en commandite, et apporter un de ses immeubles dans cette société, lorsque cette opération a eu lieu au vu et su de son mari, et sans opposition de sa part. [1]

[1] 27 avril 1841, *J. D. P.*, t. II, 1841, pag. 143.

126. — La femme marchande publique, ou autorisée à l'être, peut-elle, sans autorisation spéciale, acheter une maison pour y établir ses magasins, sa fabrique ou manufacture? Non, dit M. Vazeilles, un pareil acte n'est pas en soi commercial. Il ne peut être fait sans autorisation particulière. Mais cette solution est fort contestable. La femme agit réellement pour son commerce lorsque, autorisée à l'exercer, elle se procure les moyens devant lui permettre de s'y livrer. Il lui faut une manufacture, une fabrique si son commerce l'exige, des magasins dans tous les cas; le mari consentant au commerce est donc présumé consentir à ce que la femme se crée et acquière tout ce qui est indispensable à sa profession. On ne contesterait pas à celle-ci la faculté de souscrire des baux, pourquoi lui contesterait-on celle d'acheter, alors que, dans l'un comme dans l'autre cas, il peut être du plus grand intérêt de lui épargner les retards que lui ferait éprouver la nécessité de se pourvoir d'une autorisation, qu'au refus de son mari elle serait obligée de demander à la justice?

127. — A la différence de ce qui se réalise pour le mineur, la femme marchande publique du consentement de son mari ne peut ester en justice, même pour les actes de son commerce, sans l'autorisation de celui-ci. C'est là un hommage rendu à l'autorité maritale, et une garantie contre la légèreté avec laquelle la femme pourrait s'engager dans de mauvaises contestations. Mais cette règle ne pouvait devenir un obstacle contre

les tiers, contre la femme elle-même. A défaut ou au refus du mari, c'est le tribunal investi du litige, fût-ce le tribunal de commerce, qui est appelé à autoriser la femme purement et simplement.

Mais l'incapacité d'ester en jugement sans autorisation du mari ou de la justice ne prive pas la femme de procéder à toutes les mesures conservatoires que l'intérêt de son commerce exige. Elle pourrait donc requérir les protêts faute d'acceptation ou de paiement, faire procéder à des saisies-arrêts, donner même des assignations. Mais elle ne pourrait obtenir jugement sans avoir été autorisée par son mari, et, à défaut, par la justice.

128. — La femme régulièrement constituée marchande publique est assimilée à un commerçant ordinaire. En conséquence, la présomption de l'article 638 lui devient applicable. Les billets et engagements souscrits par elle sont censés faits pour son commerce, à moins qu'une autre cause n'y soit énoncée.

Cette présomption à l'endroit des commerçants s'étend au cas d'engagements et d'emprunts par acte notarié et authentique. Doit-on l'admettre ainsi contre la femme? M. Delvincourt se prononce pour l'affirmative. [1] Cette opinion nous paraît fondée.

Mais il y a, quant à la présomption de l'article 638, entre la femme marchande publique et un commerçant ordinaire, cette différence essentielle qu'à l'en-

[1] T. 1, pag. 168.

droit de celui-ci, cette présomption est *juris et de jure.* Il suffit donc qu'aucune autre cause n'y soit énoncée pour que le billet ou l'acte soit définitivement considéré comme fait pour son commerce.

Il n'en est pas ainsi de la femme marchande publique. Celle-ci n'a qu'une capacité relative. Elle ne s'engage valablement que dans les limites de cette capacité et qu'en tant que l'objet pour lequel elle s'oblige a réellement trait à son commerce. On doit donc, pour ce qui la concerne, s'arrêter moins à l'apparence qu'au fond même des choses. Sans cela on arriverait bientôt à ce résultat qu'en traitant avec elle, même dans un intérêt purement civil, les tiers, pour échapper à la rigueur de la loi et pour assurer la validité de l'obligation, exigeraient soit que l'engagement ne mentionnât aucune cause, soit qu'il énonçât que la femme agit dans l'intérêt de son commerce. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'autorité maritale aurait été méconnue, et toutes les garanties prises par la loi seraient violées au détriment de la femme.

Cette fraude périlleuse ne pouvait être évitée qu'en n'acceptant la présomption de l'article 638 que jusqu'à preuve contraire. Ainsi, quels que soient les termes de l'acte, et alors même qu'il exprimerait formellement qu'il a été fait pour le commerce, la femme est toujours recevable à soutenir et à prouver le contraire, et cette preuve faite, l'obligation retombe sous l'empire du droit civil et en subit l'application. Cette preuve peut être faite par témoins, non-seulement par la femme elle-même,

mais encore par le mari, dont l'intérêt à cet égard ne saurait être méconnu. [1]

129. — Les engagements commerciaux de la femme marchande publique atteignent sa personne et ses biens. Nous verrons, sous l'article 7, ce qui se rapporte à ses immeubles. Quant à son mobilier, il est directement affecté, alors même qu'elle serait sous le régime de dotalité absolue et générale. Il peut donc être frappé de toutes les exécutions autorisées par la loi et le droit commun.

La femme marchande publique est contraignable par corps. Elle est soumise à la juridiction consulaire. Elle peut être déclarée en état de faillite, et atteinte, suivant le cas, des peines de la banqueroute simple ou frauduleuse. La poursuite contre elle est la même que contre tout commerçant. On doit donc l'appeler devant le tribunal de commerce et demander à ce tribunal de l'autoriser à ester en jugement, si le mari ne peut ou ne veut donner cette autorisation.

130. — Enfin, la femme commune en biens n'est pas libérée de ses engagements commerciaux par la renonciation qu'elle ferait à la communauté. Cette ressource, ouverte par la loi pour exonérer la femme de toute participation aux dettes contractées par le mari, en sa qualité de chef et maître de la communauté, n'a plus aucune raison d'être lorsqu'il s'agit d'obliga-

[1] Toullier, t. XII, n° 250, v. *infra*, n°s 144 et suiv.

tions directement et personnellement contractées par la femme dans l'exploitation de son commerce. Elle en reste donc solidairement tenue, qu'elle renonce à la communauté ou non.

131. — Dans la même hypothèse, la femme n'est pas seule obligée directement, elle engage aussi solidairement son mari qui l'a autorisée à faire le commerce. Pendant toute la durée du mariage, celui-ci ne laisse pas que d'être le chef et maître de la communauté. Il en retire les revenus et peut même en aliéner l'actif. Or, comme c'est dans cet actif que viennent se fondre les produits du commerce de la femme, il participe évidemment aux bénéfices dont il est la source. Il doit donc, par une juste réciprocité, être tenu des dettes.

La disposition des articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce puise donc son fondement dans une règle d'équité et de morale. On ne saurait permettre au mari de s'enrichir au détriment des créanciers commerciaux de la femme. Il était même indispensable de le décider ainsi, pour empêcher une fraude trop facile pour ne pas être dangereuse. Bientot, en effet, par une collusion coupable, l'actif commercial de la femme eût été successivement réalisé par elle, absorbé par le mari ; et la faillite se réalisant, les créanciers se seraient trouvés en présence d'un déficit que l'immunité accordée au mari n'aurait pas permis de combler ou de diminuer. C'est là le résultat que le législateur a entendu surtout condamner.

132. — Aussi, se conformant à sa pensée sur ce point plutôt qu'au texte littéral de la loi, la doctrine n'a-t-elle pas hésité à enseigner que le mari est tenu des dettes toutes les fois qu'il a réellement perçu les bénéfices commerciaux, quel que soit d'ailleurs le régime adopté par les époux.

Ils peuvent, par exemple, avoir stipulé dans leur contrat de mariage l'exclusion de la communauté. Il est évident que si cette clause est accompagnée de celle de séparation de biens, aucune difficulté ne saurait s'élever. Le mari ne pourrait être tenu des dettes contractées par sa femme.

133. — Mais si l'exclusion de la communauté est pure et simple, les effets de ce régime, réglés par les articles 1530 et 1531 du Code Napoléon, laissent au mari l'administration des biens de la femme, la jouissance des revenus. Seul il perçoit le mobilier qu'elle a apporté en mariage et celui qui lui échoit pendant sa durée, à la seule condition de le restituer en cas de dissolution ou de séparation de biens.

En réalité donc, sous l'empire de ce régime, le mari profiterait exclusivement des bénéfices commerciaux de la femme. Pourquoi donc l'exonèrerait-on de l'obligation de payer les dettes créées par elle à l'occasion de son industrie? Le seul motif que M. Toullier invoque, c'est la restitution à laquelle le mari est tenu, et au moyen de laquelle, dit-il, la femme se trouvera avoir, en définitive, profité seule des résultats de son commerce. [1]

[1] T. XII, n° 254.

Mais cette restitution ne comprend que les capitaux apportés en dot ou échus depuis le mariage, tels que le mari les a lui-même perçus. Les fruits et revenus qu'ils ont pu produire ne sont pas restituables. L'article 1530 du Code Napoléon les attribue au mari d'une manière absolue. Or, les gains du commerce successivement recueillis, le plus souvent sans constatation aucune, sont plutôt des revenus qu'un capital. Dès-lors le mari en profite, et, en vertu de la règle que nous rappelions tout à l'heure, il doit, par une juste réciprocité, être tenu des dettes. [1]

134. — MM. Duranton et Delvincourt enseignent qu'il doit en être de même lorsque, aux termes de l'article 1525 du Code Napoléon, les époux ont stipulé que la totalité de la communauté appartiendra au survivant. D'abord, il n'est pas certain si la femme survivra ou non, et, dans le cas où elle prédécèderait, le mari, recueillant la totalité de la communauté, devrait *à fortiori* être tenu des dettes de sa femme marchande publique. De plus, cette clause n'empêche pas la femme de renoncer à la communauté, et le mari n'est pas moins autorisé à disposer de l'actif tant que dure le mariage. [2]

135. — Quant au régime dotal, il faut distinguer. Si la femme est mariée sous constitution particulière, elle conserve l'administration et la jouissance de tout ce

[1] Pardessus, n° 68; — Orillard, n° 172; — Duranton, t. II, n° 480; — Delvincourt, t. I, pag. 147.

[2] Conf., Toullier, t. XII, n° 256.

qui n'est pas dotal. Elle profite des gains commerciaux qu'elle réalise. Elle sera donc, par réciprocité, tenue exclusivement des dettes qu'elle a contractées.

Il en serait autrement si la constitution dotale était accompagnée d'une communauté d'acquets ou si elle comprenait généralement tous les biens présents et à venir.

Dans le premier cas, le mari participe aux gains commerciaux à l'aide desquels pourront se réaliser les acquets tombant dans la communauté. Il doit donc être également tenu des dettes.

Dans le second cas, le mari profite de ces gains, même d'une manière exclusive, puisque la femme ne pourra jamais obtenir que la restitution de la dot, telle qu'elle a été constituée, puisque l'administration et les revenus des biens personnels de la femme lui appartiennent. On peut, dans cette hypothèse, dire avec M. Nouguier que la femme est censée faire, pour l'intérêt du mari, le commerce dont les produits n'augmentent pas ses reprises[1]. Il n'y a donc qu'exacte et rigoureuse justice à lui en faire supporter les dettes.

En dernière analyse, le mari est tenu toutes les fois qu'administrateur des biens de la femme, il jouit des revenus. Il serait immoral qu'ayant puisé dans le commerce de la femme les moyens d'accroître sa fortune, il pût être affranchi de toute participation aux dettes, lorsque les créanciers, dépouillés de toutes ressources, se trouveraient en présence d'une insolvabilité dont il se serait rendu lui-même l'auteur principal.

[1] T. I, pag. 265; — conf. Vazeilles, t. II, n° 360.

156. — Nous avons déjà rappelé que sous l'empire du droit ancien le mari, tenu des engagements de sa femme, était contraignable par corps. En est-il de même depuis notre nouvelle législation?

M. Delvincourt soutient l'affirmative, il l'appuye d'abord sur les anciens principes enseignés par Pothier, Valin et Bornier, consacrés par la jurisprudence du parlement de Paris. Il ajoute ensuite : le mari est réputé l'associé de sa femme, et, dans les sociétés de commerce, l'associé est tenu par corps des engagements contractés par l'associé qui a droit de signer pour la société. Cette opinion est également enseignée par M. Fournel[1].

L'opinion contraire, soutenue par un grand nombre d'auteurs, nous paraît préférable et faire une plus juste application des principes de la matière. En effet, les articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce déclarent une seule chose, à savoir que la femme marchande publique oblige son mari, s'il y a communauté entre eux. Nous avons vu quel était le fondement légal de ces dispositions. On n'a pas voulu permettre au mari de profiter des dépouilles des créanciers.

Ainsi il y a, aux yeux de la loi, si peu société entre la femme et le mari, que celui-ci n'est obligé que dans une hypothèse prévue, qu'il ne le sera même pas dans telle autre. Dans tous les cas, ses biens pourront être engagés, sa personne jamais. On ne comprendrait pas que

[1] De la *Contrainte par corps*, pag. 112.

la loi, qui a cru devoir s'expliquer sur les uns, eût gardé le silence à l'égard de l'autre.

Ce silence est surtout décisif en l'état de la législation civile, prohibant d'appliquer la contrainte toutes les fois qu'elle n'est pas autorisée par une loi formelle. Il est vrai que cette exécution rigoureuse est de droit commun en matière de commerce. Mais, pourrait-on soutenir qu'en consentant à ce que la femme exerce le commerce, le mari a fait un acte commercial? Ce consentement ne peut constituer qu'un mode de disposition de l'autorité maritale, il n'est donc, en réalité, qu'un acte essentiellement civil.

Comment d'ailleurs cet acte, commercial dans le cas d'une communauté entre époux, perdra-t-il tout effet à l'égard du mari, dans le cas où la femme sera séparée de biens ou soumise à une dotalité particulière. N'est-il pas singulier de faire résulter la société commerciale, non pas de la nature et du caractère de l'acte en lui-même, mais du régime matrimonial des prétendus associés?

L'admission d'une société commerciale entre la femme marchande publique et son mari blesse donc la vérité des choses. Elle n'irait, dans certains cas, à rien moins qu'à violer la légalité elle-même. Il est des professions et des fonctions que la loi déclare incompatibles avec l'exercice du commerce. Mais cette incompatibilité se restreint à la personne même de celui qui remplit ces fonctions ou qui exploite ces professions. Aucune loi ne défend à la femme de l'un ou de l'autre de devenir marchande publique.

Or, celui qui ne peut faire le commerce est également incapable de contracter une société commerciale. Les inconvénients que la loi a voulu éviter par l'incompatibilité, notamment la contrainte par corps, se réalisent à l'endroit de l'associé comme du commerçant. Donc, reconnaître au mari la qualité d'associé de sa femme, c'est éventuellement lui permettre ce que la loi lui prohibe expressément de faire.

Ainsi, le mari resté étranger au commerce, et qui s'est borné à consentir expressément ou tacitement à ce que sa femme s'y livre, n'est pas l'associé de celle-ci. Il en est la caution solidaire, quant aux biens seulement. Cet état de choses n'est pas spécial aux matières commerciales. En droit civil, les engagements de la femme commune, contractés avec l'autorisation du mari, engagent celui-ci [1]. Or, l'autorisation générale de faire le commerce vaut pour la femme autorisation formelle pour tous les actes se rattachant à son exercice. L'article 5 du Code de commerce n'a donc pas introduit un droit nouveau, il n'a fait que rappeler le principe posé par l'article 220 du Code Napoléon, qui n'est lui-même qu'une conséquence des règles générales régissant la communauté. Le caractère du cautionnement du mari ainsi établi, il est évident qu'on ne saurait le déclarer contraignable par corps sans méconnaître les véritables principes de notre législation civile et commerciale [2].

[1] Toullier, t. XII, n° 283; — C. Nap., art. 1419, 1426.

[2] Malleville, t. I, pag. 231; — Toullier, t. II, n° 639 et XII, n° 245; — Locré, t. III. pag. 539; — Vazeilles, t. II, pag. 105; — Sébire et Carteret, n° 306.

C'est dans ce sens que la Cour de Lyon s'est prononcée par arrêt du 26 juin 1822.

137. — La femme marchande publique n'est nullement engagée par les faits de son mari, même dans le cas où celui-ci, percevant tous les bénéfices du commerce, devrait en supporter toutes les dettes. Ainsi les obligations contractées par le mari, les achats opérés par lui de marchandises identiques à celles dont s'occupe la femme seraient sans nul effet à son encontre.

Mais cette règle reçoit exception : 1° si le mari avait agi comme mandataire de la femme, et en vertu d'une procuration expresse ou tacite. L'existence de cette dernière pourrait résulter de la conduite habituelle des époux et de l'usage où ils seraient d'en agir ainsi ; de ce que, notamment, la femme aurait toujours reconnu et payé les engagements souscrits par son mari ; 2° si la femme avait réellement reçu dans ses magasins la marchandise achetée par le mari. L'offre de prouver l'un ou l'autre, même par témoins, ne saurait être refusée au tiers qui en alléguerait l'existence.

Mais en dehors de ces exceptions, les dettes contractées par le mari restent étrangères à la femme. Les créanciers qui peuvent incontestablement, pour arriver à leur paiement, saisir les biens de la communauté, ne pourraient porter leurs exécutions sur les marchandises du commerce de la femme. Le prix de celles-ci serait, dans tous les cas, dévolu par privilége à ses créanciers commerciaux.

138. — Une observation commune à la femme et au mineur, c'est que l'un et l'autre sont recevables à exciper personnellement de l'absence, ou de l'irrégularité de l'autorisation en vertu de laquelle ils ont fait le commerce. Les prescriptions de la loi à cet égard étant d'ordre public, leur violation ne saurait créer un lien quelconque contre le violateur lui-même. Ce droit passe à leurs héritiers. Il peut, de leur vivant, être exercé par les père ou mère du mineur ou par son tuteur ; par le mari, surtout dans l'hypothèse où il est tenu des dettes. La rétractation de la faculté de faire le commerce, qui serait la conséquence de l'action des uns ou des autres, devrait être publiée dans les formes que nous venons d'indiquer.

139. — L'autorisation régulière, suivie de l'exercice effectif du commerce, suffit pour que le mineur soit constitué commerçant et réputé majeur à l'endroit des engagements souscrits pour son commerce. Il n'en est pas de même pour la femme mariée à un commerçant. Vainement prouverait-on contre elle qu'elle a fait un grand nombre d'actes de commerce ; vainement exciperait-on de la connaissance qu'en a eue le mari et de l'absence de toute opposition de sa part. Elle ne serait et ne pourrait être marchande publique que si le commerce exploité par elle était distinct et séparé de celui exercé par son mari.

Cette condition a été de tout temps exigée. C'est ainsi notamment que l'article 235 de la Coutume de Paris déclarait que la femme ne devait pas être réputée

marchande publique si elle se bornait à débiter les marchandises dont se mêlait son mari. Elle n'était considérée comme telle que lorsqu'elle faisait *marchandise séparée et autre que celle de son mari.*

Cette manière uniforme d'envisager la position de la femme ne peut surpendre personne. Les effets, que l'exercice du commerce produit sur sa personne et sur ses biens, sont de telle nature, qu'il ne convenait de les consacrer que lorsqu'aucun doute ne pouvait s'élever sur la certitude et la spontanéité de sa volonté de s'y exposer.

Comment admettre l'une et l'autre, lorque la femme se borne à aider son mari à exploiter le commerce à la tête duquel celui-ci se trouve placé? Ce concours n'est que l'effet de la position de la femme, de l'obligation où elle se trouve de participer à toutes les mesures tendant à accroître le bien-être et la prospérité du ménage. Il n'est donc pour la femme que l'accomplissement d'un devoir auquel elle n'était pas libre de se soustraire. On ne pouvait dès-lors en faire résulter un engagement sérieux pour sa personne et l'aliénation de ses biens, avec d'autant plus de raison que le mari intéressé à cette aliénation, dont il profitera, pourrait ne poursuivre d'autre but dans la participation qu'il saura bien obtenir de sa femme, ce qui rendrait cette participation une véritable fraude contre elle ou contre ses héritiers.

Il importait donc de protéger la femme contre un pareil danger. Le seul moyen de le faire d'une manière énergique était d'imiter le législateur ancien et de s'ap-

proprier le principe qu'il avait consacré. C'est ce que font, en effet, les articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce.

140. — La femme n'est donc pas marchande publique si elle ne fait un commerce distinct et séparé de celui de son mari. Mais ces expressions de notre Code ne doivent pas recevoir aujourd'hui l'acception et le sens de celles de la Coutume de Paris : *marchandise séparée et autre que celle du mari.* La femme peut exercer le même commerce que son mari, pourvu qu'elle le fît séparément et d'une manière distincte ; par exemple, si elle avait agi en son propre nom et non en celui de son mari ou comme sa mandataire; si celui-ci ne pouvait diriger ses actes, ni les modifier suivant son intérêt personnel; si la raison sociale du commerce respectif des époux n'était pas la même; enfin, si la femme avait pris une patente particulière, indépendamment de celle prise par le mari, elle serait et devrait-être, dans ce cas, réputée marchande publique.[1] Mais l'absence de ces caractères placerait la femme, traitant les mêmes affaires que son mari, sous l'empire de la règle rappelée par l'article 5, alors même qu'elle agirait dans un magasin distinct de celui du mari.

141. — Cette règle est absolue et s'appliquerait à la femme qui se serait mariée après avoir, pendant plus

[1] Nouguier, t. I, pag. 263; — Pardessus, n° 65; — Sébire et Carteret, n° 302.

ou moins longtemps, exercé le commerce. Ainsi, si les époux, adoptant le régime de la communauté, n'avaient rien stipulé pour la continuation du commerce jusque là propre à la femme, elle cesserait de plein droit d'être commerçante, parce qu'elle serait présumée avoir apporté dans la communauté son industrie, qui deviendrait celle de son mari.[1]

Quel que fût le régime adopté, si la femme avait épousé un commerçant exerçant le même genre d'industrie, ou si le mari, depuis le mariage, prenait le commerce sous son nom et l'exploitait dans son intérêt, la femme ne serait plus marchande publique. L'exploitation qu'elle continuerait d'en faire serait de plein droit considérée comme réalisée pour le compte exclusif de l'époux.

142. — Mais cet état de choses peut être modifié d'abord par le contrat de mariage. Les conjoints sont libres de stipuler que la femme continuera son commerce. Dans ce cas, la femme ne cesse pas d'être marchande publique, sauf le droit de revoquer son autorisation, que nous avons vu ci-dessus appartenir au mari.

Il peut ensuite être modifié par le fait du mari. Le non-commerçant épousant une marchande publique et qui, sans s'immiscer lui-même dans le commerce, laisse sa femme continuer celui qu'elle exerçait avant le mariage, est censé consentir à ce que sa femme demeure marchande publique. On ne saurait donc lui

[1] Pardessus; — Nouguier, *loc. cit.*; — Toullier, t. XII, n° 243.

refuser cette qualité. Le même effet serait de plein droit acquis si le mari, ayant une profession ou remplissant des fonctions incompatibles avec le commerce, laissait le commerce de sa femme se continuer depuis le mariage. Dans l'un comme dans l'autre cas, il importerait peu que les époux se fussent ou non expliqués dans leur contrat. Le mari n'exerçant pas, ou ne pouvant exercer le commerce, la femme ne pourrait être placée dans la catégorie de celles dont parle l'article 5 du Code de commerce.

Hors ces cas, et toutes les fois que le mari est commerçant, la femme qui ne s'occupe que du commerce fait par lui n'acquiert pas la qualité de marchande publique.

143. — Ainsi la femme qui ne ferait qu'exploiter un fonds de commerce concurremment avec son mari n'est pas réputée légalement commerçante, et ne peut conséquemment être déclarée en état de faillite [1] alors même, dit un arrêt de la Cour de Paris, du 7 février 1835, qu'elle figurerait au bilan qu'elle aurait signé conjointement avec son mari.

Il en serait de même de la femme qui aurait habituellement fait le commerce, mais sous le nom et en vertu de la patente de son mari.[2]

144. — Quels seraient, dans ces diverses hypothè-

[1] Paris, 19 oct. 1843, *J. D. P.*, t. II, 1843, pag. 697.

[2] Bruxelles, 4 fév. 1809.

ses, les effets des engagements que la femme aurait pu souscrire?

Par rapport à elle, il ne saurait y avoir doute. La femme gérant le commerce de son mari, avec son consentement, ne s'oblige personnellement, ni civilement, ni commercialement, à l'exécution des obligations qu'elle a pu contracter en cette qualité.[1]

145. — Relativement au mari, la doctrine est unanime. Delvincourt, Toullier, Vazeilles, Duranton, Orillard, Pardessus, Nouguier, Vincens et Favard de Langlade enseignent tous que lorsque la femme est dans l'usage de signer les factures et les billets, de faire, en un mot, toutes les opérations commerciales, les obligations qu'elle contracte ne sont pas nulles pour défaut d'autorisation, elles engagent le mari *propter bonam fidem*. La femme est considérée comme son facteur; elle est *quasi ejus institrix*.

La difficulté, en pareille matière, ne peut être sérieuse lorsque la femme agit en vertu du consentement formel et non contesté du mari; le besoin d'autorisation pour la femme n'existe que lorsqu'elle traite *in rem suam*. Celle qui ne fait que remplir un mandat qu'elle a reçu, ne contractant que pour un tiers, ne serait dans la nécessité de la requérir que si elle se soumettait à une obligation personnelle, et c'est ce qui ne se réalise jamais, tant qu'elle n'agit que dans les limites de son mandat.

[1] Duranton, t. II, n° 484; — Sébire et Carteret, n° 316.

Conséquemment, elle oblige valablement son mandant, lequel n'aurait nul besoin de l'autorisation maritale s'il traitait lui-même; et c'est ce qu'il est censé faire : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Si le mandant est le mari lui-même, il ne saurait se soustraire à cette application du droit commun.

146. — En pareille matière, donc, ce qui pourra devenir l'objet de contestations, c'est l'existence du consentement du mari, la détermination de la forme dans laquelle il doit être donné. Or, à cet égard, la position et la qualité des parties dictent la solution à laquelle il convient de s'arrêter. Si la femme doit être considérée comme le facteur, le préposé du mari, il en résultera qu'en la laissant agir publiquement en cette qualité, qu'en approuvant et exécutant ses actes dans de nombreuses circonstances, ce dernier s'est formellement engagé à les exécuter toujours.

Il en est donc, dans cette occurrence, comme lorsqu'il s'agit de rechercher si le mari a ou non autorisé sa femme à exercer le commerce. Son consentement n'a pas besoin d'être exprès ou écrit. Il suffirait qu'il résultât tacitement d'un ensemble de faits certains et établis. C'est dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence dans de nombreuses circonstances.

147. — Ainsi, il a été jugé qu'un tribunal de commerce est compétent pour connaître de l'action en paiement d'un billet à ordre souscrit par la femme qui, du consentement de son mari, gérait seule les affaires

du commerce de celui-ci. Dans ce cas, le billet oblige le mari lorsque, de son aveu, il lui laissait la gestion du commerce qu'elle faisait en son nom, lors, surtout, que le montant du billet se trouve énoncé dans un inventaire fait par les époux après leur séparation de corps;[1]

Que la femme qui gère habituellement et même exclusivement le commerce et les affaires de son mari (qui ne sait ni lire ni signer) oblige celui-ci, par sa signature, au paiement des billets de commerce souscrits ou endossés par elle au nom et pour compte de son mari;[2]

Que la femme, dans ces hypothèses, doit être déclarée agir, non comme marchande publique de son chef, mais comme mandataire du mari, et le mandat, non pas tacite, mais formel, peut résulter des aveux et faits du mari lui-même, notamment de ce qu'il a toujours et indistinctement ratifié et exécuté les engagements commerciaux contractés par la femme;[3]

Que le commerçant est même tenu par corps des obligations commerciales contractées par sa femme, lorsqu'il est notoire que celle-ci fait en tout ou en partie le commerce de son mari, et que les engagements par elle souscrits ont toujours été exécutés;[4]

Que la femme qui est dans l'habitude de gérer et administrer le commerce de son mari, peut, sans son

[1] Douai, 2 déc. 1813.
[2] Angers, 24 fév. 1819.
[3] Cass., 25 janv. 1821.
[4] Rennes, 17 mars 1823; — Cass., 25 avril 1821 et 2 avril 1822.

autorisation par écrit, vendre en gros les marchandises de ce commerce ; et bien qu'elle ne s'oblige pas personnellement en contractant ainsi, elle oblige son mari, dont elle est censée mandataire.[1]

Ainsi la jurisprudence consacre ce que la doctrine enseigne, à savoir : que le mari, laissant la direction de son commerce à sa femme, est tenu des actes de celle-ci. Son consentement n'a pas même besoin d'être écrit. Il est suffisamment acquis lorsque les faits et circonstances, les antécédents, la notoriété publique prouvent que tel a toujours été l'usage pratiqué par les époux. En d'autres termes, les mêmes faits faisant induire, de la part du mari, l'autorisation à ce que la femme exerce le commerce, établissent également le mandat de gérer son propre commerce. C'est ce que la Cour de cassation enseigne d'une manière énergique, dans un arrêt du 1er mars 1826. *Dans tous les cas la tolérance du mari équivaut à une autorisation expresse.*

148. — On indique, comme ayant décidé le contraire, un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 27 février 1809. Mais on peut facilement se convaincre que cet arrêt n'a nullement l'acception qu'on lui donne.

Dans l'espèce, on ne contestait pas seulement l'engagement pris par la femme sous le rapport du défaut d'autorisation. Ce moyen, le mari ne le faisait valoir que parce qu'il soutenait que cet engagement n'avait aucun rapport avec le commerce dont sa femme avait la direc-

[1] Poitiers, 14 mai 1825.

tion. Il fallait donc juger d'abord la question de savoir si réellement ou non la lettre de change, dont on demandait le paiement au mari, avait été créée pour son commerce.

La Cour de Bruxelles décidant la négative, et conséquemment que l'acte de la femme est nul pour défaut d'autorisation, ne tranche nullement la question de savoir si la tolérance du mari équivaut ou non à l'autorisation. Il résulte même de son arrêt que, si cet acte avait concerné le commerce du mari, celui-ci eût été condamné à en supporter les effets.

Attendu, dit en effet la Cour, que quand on pourrait supposer que Claire Stroef fait plus que détailler les marchandises du commerce de briques et de chaux, et en induire qu'elle a été, au moins tacitement, préposée à ce commerce par son mari, elle n'aurait pu obliger celui-ci, en souscrivant des lettres de change, à moins qu'elle n'y eût été spécialement autorisée, *ou que les lettres de change n'eussent été créées concernant le négoce de briques et de chaux*, ce que l'intimé n'a ni prouvé, ni offert de prouver.

La Cour de Bruxelles reconnaît donc que si les lettres de change eussent concerné le commerce du mari, son autorisation spéciale n'eût pas été nécessaire; qu'il en eût été tenu par cela seul qu'il avait préposé sa femme à la gestion de ce commerce. Dès-lors, loin de contredire la doctrine des précédents arrêts, celui qu'elle a rendu la confirme implicitement. La solution qu'il consacre ne saurait d'ailleurs être querellée, puisqu'elle

n'est que la conséquence forcée de faits dont l'appréciation souveraine appartenait à la Cour.

149. — En effet, les difficultés pouvant s'élever sur la matière offriront constamment à résoudre d'abord si le mari a expressément ou tacitement consenti à ce que sa femme gérât et administrât son commerce; ce point acquis, reste à savoir si l'engagement dont on poursuit l'exécution contre le mari a été pris dans l'exercice ou à l'occasion de cette gestion, et dans l'intérêt de son commerce. Ce serait, en effet, une bien étrange condition qu'on ferait au mari, si, par cela seul qu'il aurait laissé gérer sa femme, on mettait à sa charge toutes les obligations qu'il aurait plu à celle-ci de souscrire; quels qu'en fussent l'objet et la cause.

Dans l'appréciation à laquelle donne lieu la recherche du consentement du mari et de la spécialité de l'engagement qu'on veut lui faire payer, le droit des magistrats est illimité et absolu. En cas de dénégation de la part du mari, n'oublions pas que c'est au créancier poursuivant à fournir la preuve de l'un ou de l'autre, car ce n'est que par cette preuve qu'il pourra établir la légitimité de son titre.

En conséquence, le tribunal investi, qui, en l'état de cette dénégation et faute de preuve contraire de la part du créancier, décharge le mari de la poursuite, ne fait que remplir le devoir que sa conscience lui dicte. Il ne méconnaît ni ne viole la règle, il déclare seulement que le créancier n'est pas en position d'en revendiquer le bénéfice. Or, c'est précisément ce que

faisait la Cour de Bruxelles dans l'arrêt que nous venons de rapporter. Comme arrêt d'espèce, le caractère juridique de cette décision ne saurait être méconnu.

150. — En résumé donc, le principe est certain. La femme autorisée à gérer le commerce de son mari est, quant à ce commerce, le mari lui-même. Toutes les obligations s'y référant sont comme si elles étaient souscrites par lui et n'engagent que lui.

Le consentement du mari ne doit pas être nécessairement exprès ou écrit; il est acquis toutes les fois que la gestion, se réalisant sous les yeux du mari, n'excite de sa part aucune réclamation, ne soulève aucune opposition. Sa tolérance lui fait appliquer justement cette règle de droit : *Qui prohibere potest et non prohibet, consentire videtur.*

151. — La femme, dans cette hypothèse, ayant le droit d'engager son mari sans autorisation spéciale, n'a pas ce droit en ce qui la concerne personnellement. Ainsi l'obligation qu'elle souscrirait, tant en son nom que comme gérant le commerce de son mari, serait nulle à son endroit, si elle n'avait été spécialement autorisée à agir ainsi.

Sans doute il n'est pas défendu à la femme de cautionner son mari, mais elle ne peut le faire valablement qu'en rapportant dans chaque acte de cette nature une autorisation spéciale et particulière. La femme marchande publique est seule dispensée de cette for-

malité au bénéfice de l'autorisation générale qui lui a été accordée de faire le commerce. Or, celle qui ne fait que gérer le commerce de son mari n'a pas la qualité de marchande publique. Donc, pour tout ce qui la concerne personnellement, elle retombe sous l'empire de la disposition de l'article 217 du Code Napoléon.

Elle ne peut donc, même quand l'acte serait commercial, valablement contracter qu'avec l'autorisation de son mari, réalisée par son concours à l'acte ou par un écrit séparé. L'autorisation devant être expresse, il a été décidé que l'aval apposé par une femme sur une lettre de change souscrite par le mari est nul, si la femme n'a pas été régulièrement autorisée par son mari ou par la justice [1].

Le principe de cette nullité se fonde sur ce que l'aval étant ou pouvant être donné postérieurement à l'obligation du mari, rien n'établit le concours de celui-ci à l'engagement de la femme qu'il a pu ignorer et qu'il n'a, dans aucun cas, régulièrement autorisé.

152. — Une question fortement controversée, est celle de savoir si la femme est valablement engagée lorsque, ayant tiré sans autorisation une lettre de change sur son mari, celui-ci donne son acceptation et, réciproquement, lorsque la femme accepte la lettre de change fournie sur elle par son mari.

Dans le premier cas, M. Duranton pense que la femme n'est pas engagée. En supposant, dit-il, que l'ac-

[1] Riom, 2 février 1810 ; Limoges, 24 mai 1821.

ceptation du mari valût autorisation, elle ne saurait rétroagir sur le passé, ni valider un acte radicalement nul dans son origine. Elle ne pourrait, en effet, empêcher que la femme n'eût pas été autorisée au moment où elle s'engageait, et c'est surtout à ce moment que l'autorisation lui était indispensable[1].

L'opinion contraire est enseignée par M. Vazeilles dans les termes suivants : le mandat de la femme ne doit-il pas être regardé comme un commencement d'obligation ou bien une obligation imparfaite subordonnée, pour sa perfection et sa validité, au consentement du mari, auquel l'effet est adressé? L'acceptation de celui-ci, qui le rend caution de sa femme, n'opère-t-elle pas son concours à l'acte et son consentement à l'obligation principale ? Cependant, si les lettres de change tirées par la femme n'avaient pour cause qu'une affaire du mari, le mandat donné sur lui n'étant, pour le porteur, que l'indication de son débiteur, et une invitation à celui-ci de payer sa propre dette, son acceptation ne devrait pas être considérée comme consentement à une obligation que sa femme aurait prise personnellement. Mais, quand l'affaire regarde la femme, ou plutôt quand il n'est pas constant qu'elle ne concerne que le mari, l'acceptation de ce dernier doit emporter tout à la fois son consentement à l'obligation de sa femme et sa propre obligation à payer pour elle la dette qu'elle a reconnue[2].

[1] T. II, n° 318.
[2] T. II, n° 336.

La doctrine de M. Vazeilles tranche, sans la discuter l'importante question signalée par M. Duranton, à savoir : si l'obligation de la femme, nulle pour avoir été contractée sans autorisation, peut être validée par un acte postérieur du mari. Comme nous sommes à cet égard de l'avis de M. Duranton, comme nous allons bientôt le dire, [1] nous ne pouvons nous associer à l'opinion de M. Vazeilles, se prononçant dans un sens diamétralement opposé.

Au fond, les considérations qu'il invoque ne nous paraissent ni graves ni décisives. Lorsque la femme donne un mandat, même à son mari, sans y être autorisée par lui, le mandat est nul et de nulle valeur. Il ne peut donc avoir pour effet d'imprimer une autorité quelconque à un engagement vicié lui-même d'une nullité semblable. Il n'est pas possible que la femme soit et ne soit pas obligée, et il répugnerait à la raison de permettre au mari, ayant d'abord refusé d'accepter, de le faire plus tard, alors que, guidé par un sentiment de haine ou par un esprit de collusion avec le porteur, il voudrait ainsi ou empirer le sort de sa femme ou satisfaire un vil intérêt.

Tout ce qui pourrait d'ailleurs résulter de la doctrine de M. Vazeilles, serait la nécessité d'apprécier dans chaque espèce la distinction qu'il signale lui-même, et de substituer ainsi la difficulté et le doute à la règle claire, nette et précise, tracée par l'article 217.

Ainsi l'a pensé la Cour de Paris, car, saisie de la

[1] V. *infra*, n° 154.

question, elle s'est prononcée dans le sens de la nullité. Attendu, porte l'arrêt, que l'acceptation du mari, qui n'est pas même datée et n'a de rapport qu'à son propre engagement, ne peut pas être regardée comme un concours dans l'acte ou un consentement écrit par lui, donné à l'obligation contractée par sa femme[1].

Ajoutons que la lettre de change n'a rien d'imparfait par cela seul qu'elle n'est pas acceptée. L'acceptation n'est pas de l'essence du contrat, elle ne tend qu'à créer une obligation nouvelle et à l'ajouter à l'obligation du tireur. Conséquemment, celle fournie par la femme, indiquant un tiré et renfermant toutes les autres formalités voulues, ne saurait être une promesse d'obligation, elle est un engagement définitif qu'elle ne pouvait valablement souscrire qu'avec l'autorisation de son mari.

153. — La seconde hypothèse est plus délicate. En effet, on peut dire que l'acceptation que fait la femme d'une lettre de change fournie sur elle par son mari, n'étant que la conséquence de la prière, ou mieux de l'ordre de celui-ci, est par cela même autorisée. Dans ce cas, dit M. Duranton, le consentement écrit du mari ne saurait être révoqué en doute. C'est également sur ce motif que la Cour de Caen s'est prononcée contre la femme par arrêt du 2 août 1814, validant une acceptation de ce genre.

Est-ce interpréter sainement l'opération faite par le

[1] 2 janvier 1813.

mari, que d'en faire résulter l'autorisation pour la femme de s'obliger personnellement? Non, dit la Cour de Paris, attendu qu'une lettre de change est naturellement tirée de place en place, et que, lorsqu'elle est acceptée, elle contient deux actes distincts et deux obligations séparées : celle du tireur et celle de l'accepteur ; attendu que la lettre de change dont s'agit a été acceptée par la femme seule ; qu'ainsi cette acceptation, à laquelle le mari n'a point concouru, n'a pu produire d'obligation personnelle de la femme ; attendu que le mandat de payer, donné par le mari à la femme, nécessaire pour l'autoriser à prendre dans la caisse de la communauté, n'emporte pas le consentement à ce qu'elle s'oblige personnellement ; qu'ainsi, à défaut du concours du mari dans l'acte d'acceptation, et de son consentement à ce que sa femme s'oblige personnellement et sur ses biens, aux termes de l'article 217 du Code Napoléon, la femme, par son acceptation, ne s'est obligée que comme mandataire de son mari [1].

Il nous semble que cette réponse est catégorique et qu'elle détruit d'une manière péremptoire le principal motif de l'opinion adverse. La manière dont la Cour de Paris interprète l'ordre donné par le mari fournissant sur sa femme est décisive. En effet, la conclusion qu'en tirent M. Duranton et la Cour de Caen ne serait admissible que si l'acceptation était le corollaire forcé de la création d'une lettre de change. On pourrait dire alors que le mari, ne pouvant être présumé vouloir laisser son

[1] 10 avril 1810.

œuvre incomplète, a autorisé sa femme à la compléter par son acceptation.

Mais nous l'avons dit, cette acceptation n'ajoute rien à la validité intrinsèque de la lettre de change, et, dans le plus grand nombre de cas, non-seulement elle ne se réalisera pas, mais encore elle n'aura jamais dû se réaliser. L'indication d'un tiré n'est donc souvent que l'exécution d'une condition exigée impérieusement pour que le contrat de change existe. Elle n'est en réalité qu'un mandat de payer, si le tireur fait provision avant l'échéance; que l'indication du lieu du paiement et de la personne à laquelle devra s'adresser le porteur.

Pourquoi ce qui est vrai pour les tiers ne le serait-il pas pour la femme? Pourquoi surtout supposer que le mari a voulu l'engager personnellement? Qui prouve que l'indication du nom de la femme n'est pas due à la facilité que le tireur trouvera à payer chez elle ou plutôt chez lui? Dans la vérité des choses, ce cautionnement, qu'on veut faire résulter de plein droit de cette circonstance, n'a été ni promis par le mari ni exigé par le créancier, peut-être même eût-il été refusé si celui-ci l'avait demandé, et qu'il ne l'aura acquis qu'après coup, en s'adressant à la femme isolement et sans en prévenir le mari.

Le système que nous combattons peut donc, dans un cas donné, aboutir à un résultat contraire à la vérité, au grand préjudice de la femme. Pourquoi dès-lors, au lieu de placer le juge dans cette perplexité, ne pas s'en tenir à la règle tracée par la loi? Est-il permis, en matière d'autorisation maritale, de la faire résulter

d'autres faits que de ceux qui n'ont pas d'autre signification? Et, comme l'acte que nous examinons ne se place pas dans cette catégorie, on doit le repousser comme ne la créant pas.

Au reste, quoi qu'il en soit en thèse ordinaire, il est évident que, dans le cas où la femme gèrerait et administrerait le commerce du mari, l'acceptation qu'elle ferait d'une traite de celui-ci ne l'obligerait pas personnellement. C'est bien plutôt à sa mandataire qu'à sa femme que le mari se serait adressé, et c'est la première qui aurait promis de payer sur les fonds commerciaux qu'elle a à sa disposition. L'acceptation ne serait qu'un acte de la gestion qui lui est confiée, et ne saurait donc l'obliger personnellement.

154. — La nullité résultant du défaut d'autorisation est acquise à la femme par cela seul qu'au moment où elle a contracté elle n'y était pas autorisée. L'autorisation ultérieure du mari ferait-elle évanouir cette nullité? En d'autres termes, le mari peut-il ratifier l'acte et le rendre obligatoire pour la femme, sans le concours de celle-ci ?

L'affirmative était soutenue dans l'ancien droit par Lebrun; [1] et Leprêtre [2] cite deux arrêts du parlement le décidant ainsi. Mais ces deux honorables jurisconsultes constatent que ces deux arrêts ne font pas remonter l'effet de la ratification du mari au moment de la con-

[1] Liv. 2, chap. 1, sect. 4, n° 10.
[2] Cent. 2, chap. 16.

vention. L'acte vaut non pas *ex tunc*, mais *ex nunc*, *tanquam ex consensu contrahentium, qui adhuc perseverare intelligitur quamdiu non apparet mutatio voluntatis.*

L'opinion contraire est enseignée par Lacombe qui, rappelant l'autorité de Renusson et de Pontanus sur la Coutume de Blois, pose en principe que la ratification postérieure du mari ne rend pas l'acte valable. Le motif, c'est qu'il en est du mari comme du tuteur : *Statim in ipso negotio præsens debet fieri. Post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas, nihil agit.*[1]

C'est pour la première de ces opinions que Pothier se prononce. Il admet la validité de la ratification du mari seulement pour l'avenir. Ainsi, dit-il, l'acte ne peut conférer hypothèque que depuis le moment de la ratification. Si, avant, une des parties était morte, ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation du mari, qui serait depuis interposée, ne pourrait plus retablir l'acte.[2]

Cette doctrine, même dans ces termes, ne pourrait être suivie sous notre Code. Elle nous paraît condamnée d'abord par l'article 1125 du Code Napoléon. Le défaut d'autorisation est une nullité que la femme seule peut invoquer. Que deviendrait ce droit si, sans son consentement et malgré sa volonté, le mari pouvait effacer cette nullité ?

En second lieu, l'article 217 du même Code déclare

[1] *Recueil de jurisprudence*, v° *autorisation*.
[2] *De la puissance du mari*, n° 74.

la femme absolument incapable de contracter sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. La première condition explique la nature de la seconde. Le consentement remplaçant le concours, doit être évidemment, comme celui-ci, contemporain de l'acte, à défaut, il n'y a aucun lien légal contre la femme. Comment donc ce lien pourrait-il plus tard résulter du fait unique et exclusif du mari?

L'autorisation qu'il donnerait et sa ratification ne pourraient donc produire aucun effet. Tel n'est pas cependant l'avis de MM. Delvincourt et Vazeilles. L'autorisation du mari, enseignent-ils, n'étant exigée que *propter reverentiam*, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait être ultérieurement accordée, si elle n'a pas été donnée au moment de l'acte.

Du mari à la femme, on pourrait admettre le sentiment indiqué. Mais, pour les tiers, l'autorisation est une nécessité invincible. Traiter avec la femme seule, c'est faire présumer qu'on a voulu abuser de son inexpérience et de sa faiblesse. Cette présomption ne serait pas détruite par la ratification du mari, car, inspirée le plus souvent par l'animosité et la vengeance, elle n'aurait pour objet que d'imposer à la femme le préjudice auquel elle se serait trop légèrement exposée.

C'est par ces considérations que la Cour suprême a décidé notre question. Elle a en conséquence cassé un arrêt de Paris qui avait validé l'acte nul, sur la seule autorisation donnée plus tard par le mari.[1]

[1] 26 juin 1839. *J. D. P.*, t. II, 1839, pag. 12.

ARTICLE 6.

Les mineurs marchands, autorisés comme il est dit ci-dessus, peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles.

Ils peuvent même les aliéner, mais en suivant les formalités prescriptes par les articles 457 et suivants du Code Napoléon.

SOMMAIRE.

155. Capacité du mineur commerçant sous l'ancienne législation.
156. Effets qu'en avait déduit la doctrine.
157. Discussion du Code de commerce, ses résultats.
158. Sous l'empire du Code, le mineur commerçant peut valablement engager et hypothéquer ses immeubles.
159. Position du mineur à l'endroit de l'article 638 du Code de commerce.
160. Effets de la présomption par rapport aux engagements souscrits en la forme commerciale.
161. Arrêt remarquable de la Cour d'Aix signalant une autorisation frauduleuse. Conséquences que l'arrêt en déduit.
162. L'autorisation de faire le commerce ne constitue le mineur commerçant que si elle est suivie de son exercice effectif.
163. Réponse à une objection tirée de l'article 3.
164. Utilité du caractère extérieur de l'acte, à l'endroit du tiers-porteur de bonne foi.
165. Lorsque l'acte est commercial en la forme, l'obligation de prouver qu'il n'est pas relatif à son commerce incombe au mineur.

155. — Nous avons déjà dit que sous l'empire du droit ancien, fixant la majorité civile à l'âge de vingt-cinq ans, le mineur pouvait, dans les lieux où il n'existait pas de maîtrise, exercer le commerce à l'âge de

quinze ans. Qu'il en était de même dans les lieux de maîtrise pour certaines professions non constituées en état de corporation.

D'autre part, le mineur commerçant était réputé majeur pour tous les actes de son commerce; ce qui faisait dire à Jousse que, pour les mineurs, la majorité commençait dès l'instant qu'ils faisaient le commerce pour leur compte particulier.

156. — La détermination des effets de la capacité que les mineurs acquéraient de cette manière, ne pouvait manquer de préoccuper les jurisconsultes. Cette capacité allait-elle jusqu'à leur permettre d'aliéner ou d'hypothéquer leurs immeubles?

L'affirmative résultait de l'absence de toute disposition législative prohibant l'un ou l'autre. Puisque le mineur était purement et simplement réputé majeur, puisque cette présomption n'avait reçu aucune restriction, sur quoi se serait-on fondé pour invalider des dispositions auxquelles les nécessités de son commerce l'avaient fait recourir?

Aussi les exigences de la doctrine ne s'étaient guère portées que sur les caractères que devaient offrir les aliénations et les hypothèques. Or ce caractère était dicté par la certitude que la capacité du mineur se trouvait restreinte à son commerce. Il fallait donc que les actes par lui consentis se référassent à celui-ci, pour qu'on pût les valider.

« Il faut, disait Jousse, s'il s'agit d'une aliénation, distinguer si cette aliénation n'a été faite par le mineur

que sur la simple promesse d'en employer le prix dans son commerce; ou si le mineur a cédé ou aliéné cet immeuble pour demeurer quitte du prix de la marchandise dont il se mêle, qu'il pourrait devoir à l'acquéreur, ou qui lui serait vendue par le même contrat. Dans le premier cas, il paraît que le mineur pourrait se faire restituer contre la vente, à moins que l'acquéreur ne prouvât que le mineur en a employé le prix dans son commerce, conformément à sa promesse. Mais, dans le second cas, l'aliénation serait légitime, parce que le mineur étant réputé majeur pour le fait de son commerce, c'est une suite qu'il puisse disposer de son bien pour son négoce.

« A l'égard des hypothèques, il est constant que si un mineur marchand emprunte une somme par obligation passée devant notaire, le créancier acquiert une hypothèque sur les biens de ce mineur, parce que comme un mineur marchand s'engage sans aucune déclaration d'emploi par un simple billet valeur reçue comptant ou en marchandises, il peut aussi s'engager par-devant notaire en déclarant que les deniers qu'il emprunte sont pour être employés dans son commerce. [1] »

Ainsi le mineur avait, relativement à son commerce, toute la capacité du majeur. Il pouvait non-seulement engager et hypothéquer ses immeubles, mais encore les vendre tractativement sans aucune formalité de

[1] Sur l'art. 6, tit. 1 de l'ordonnance de 1673;—Bornier, *ibidem*. *Praticien des juges et consuls*, p. 17.

justice. Rien dans la législation ne lui imposait l'obligation contraire. Aussi n'est-ce qu'à titre de précaution dictée par la prudence que Jousse conseille de prendre, en cas d'aliénation, les mesures dont on use ordinairement avec les mineurs, en faisant autoriser cette aliénation par le tuteur, ou dans une assemblée de famille.

157. — Telles étaient la doctrine et la jurisprudence en présence desquelles se trouvaient les rédacteurs du Code de commerce. Faisons tout de suite remarquer que les inconvénients qu'on pouvait reprocher à l'une et à l'autre se trouvaient singulièrement modifiés par le report de la majorité civile à l'âge de vingt-un ans; par la nécessité pour le mineur d'avoir atteint sa dix-huitième année pour qu'il pût se livrer au commerce; enfin et bien plus énergiquement encore par l'exigence d'une émancipation et d'une autorisation préalables devant garantir et constater la capacité et l'aptitude du mineur.

Tout cela, cependant, n'empêcha pas que dans le sein du conseil d'État on ne considérât la liberté d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles comme offrant de tels dangers qu'il était prudent de ne pas y exposer le mineur. On proposait donc de lui en refuser le pouvoir, ou tout au moins de le réduire à la faculté d'hypothéquer.

« Mais, répondait M. Béranger, il faut s'en tenir à la disposition du Code civil, donnant au mineur, relativement à son commerce, toutes les capacités du majeur.

« Si l'on s'écarte de là, on tombe dans une alternative fâcheuse.

« Ou il faudra déclarer les immeubles du mineur négociant absolument inaliénables, et alors il ne pourra dégager sa personne tant qu'il sera mineur; tandis qu'à sa majorité les biens deviendront saisissables, et qu'ainsi la cause de l'aliénabilité se reportera au temps de la minorité, sans cependant avoir profité au débiteur.

« Ou il faudra n'autoriser l'aliénation que quand la nécessité sera justifiée, et alors le mineur, obligé de prouver qu'il est obéré, se trouve pour ainsi dire constitué en faillite; il perd son honneur et son crédit.

« Il convient donc ou de lui interdire le commerce, ou de lui accorder la disponibilité illimitée de ses biens.

« A l'objection qu'il fallait empêcher que la vente fût consentie à vil prix, M. Béranger répondait : qu'un négociant a de l'avantage même à vendre à vil prix, si les sacrifices qu'il fait l'empêchent de faillir. Ici on met le mineur dans le cas de faillir, en lui permettant de se livrer au commerce, et ensuite on lui ôte ses ressources, mieux vaudrait le déclarer incapable de faire le négoce. »

A la suite de ces observation et sur l'avis du prince archichancelier, le conseil divisa l'article. La faculté d'engager et d'hypothéquer les biens fut adoptée, comme favorable à l'intérêt du mineur.

En effet, à quoi bon lui refuser cette faculté, puisque l'affectation hypothécaire était la conséquence forcée des engagements qu'on ne peut l'empêcher de souscrire

légalement et valablement. Le créancier, porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, traduira son débiteur devant le Tribunal de commerce, et le jugement qui interviendra lui concèdera de plein droit hypothèque sur tous ses biens. En conséquence, prohiber au mineur le droit de consentir cette hypothèque, ce n'est pas l'en garantir, c'est évidemment la lui rendre plus onéreuse, en l'obligeant à subir inévitablement les frais occasionnés par la poursuite et le jugement. C'est donc empirer sa situation sous prétexte de la rendre meilleure.

Des motifs identiques militaient en faveur de l'aliénation tractative, devant donner au mineur le moyen d'éviter une poursuite en expropriation devant laquelle le créancier n'eût pas reculé, si elle avait été pour lui l'unique moyen d'obtenir son paiement. Aussi, en principe, la nécessité de l'accorder ne fut méconnue par personne. Fallait-il la déclarer illimitée, ou bien la soumettre à des restrictions, à des formalités déterminées? C'est ce qui devint l'objet exclusif de la discussion.

Les partisans de la liberté illimitée, M. Berlier notamment, trouvait bizarre et contradictoire que celui qui est réputé majeur pour s'engager ne le fût pas pour se libérer par la vente de ses immeubles, et qu'en ce cas, il lui fallût recourir à un conseil de famille.

« Ce caractère équivoque, disait-il, répugne à la raison, car le même individu ne peut être à la fois majeur et mineur; et quand le conseil de famille l'a jugé digne de se livrer à des entreprises qui peuvent indéfiniment engager sa fortune entière, comment peut-

on lui contester la faculté bien moins importante de transiger sur ses immeubles comme le majeur.

« D'ailleurs, en empêchant le mineur d'aliéner, on ne peut empêcher les créanciers hypothécaires en vertu d'un jugement de poursuivre l'expropriation des biens. Cette expropriation, que le mineur arrêterait par une vente volontaire, il ne pourra la prévenir qu'en recourant à des emprunts usuraires ou à d'autres ressources aussi onéreuses. Loin donc de trouver dans les obstacles qu'on lui suscite une protection efficace, le mineur n'y rencontrera qu'une cause de ruine.

« C'est sans doute une résolution fort délicate que d'autoriser un jeune homme de dix-huit à vingt ans à faire le commerce. Mais il ne faut pas vouloir retenir partiellement en tutelle celui qui en a été dégagé dans de telles vues. »

Le texte de l'article 6 indique que ces considérations fort graves n'ont point prévalu. On les repoussa, parce qu'il convenait de ne pas s'en rapporter trop aveuglement à l'inexpérience et à la faiblesse, inséparables de l'âge du mineur; on répondit que l'espèce de majorité dont jouit le mineur négociant ne lui avait été accordée que par l'indulgence de la loi; que le législateur ne se contredit donc pas quand il ne la rend pas indéfinie; qu'il était même de sa sagesse de prendre des précautions pour que le mineur n'abuse pas, à son détriment et au préjudice de ses créanciers, de la faveur que la loi lui a faite.[1]

[1] Séance du 25 novembre 1806.

158. — Aujourd'hui donc, et sous l'empire du Code de commerce, le mineur commerçant peut valablement engager et hypothéquer ses immeubles sans le concours de son curateur, sans même être tenu de consulter sa famille. Mais ce qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est que c'est là une capacité purement relative au commerce dont on lui a permis l'exercice. Engager ou hypothéquer ses biens, c'est faire un acte de majeur, or le mineur n'est réputé tel que pour ce qui concerne son commerce. Il faut donc, pour la validité de l'un et de l'autre, établir qu'ils n'ont d'autre origine qu'un fait purement commercial.

159. — En vertu de l'article 638 du Code de commerce, cette origine est acquise pour les commerçants ordinaires toutes les fois qu'une autre cause n'est pas indiquée par le titre, et cela qu'il s'agisse de lettres de change, billets ou d'actes authentiques et notariés. Mais cette présomption ne peut être appliquée au mineur. Pour lui, en effet, aucun engagement n'est valable que s'il reste dans les limites de sa capacité, s'il n'a pour cause les faits de son commerce. Il est donc rationnel d'exiger que la preuve de l'existence de cette condition essentielle à la perfection de l'obligation résulte du titre lui-même.

S'il en était autrement, le patrimoine du mineur serait bientôt consommé par des opérations que la loi ne lui permet pas de réaliser. Le prêteur qui lui consentirait des prêts, évidemment en dehors des besoins de son commerce, n'aurait qu'à passer sous silence la

véritable cause de l'engagement, et obtiendrait par ce moyen fort simple un titre régulier là où le mineur était incapable d'en souscrire valablement aucun.

160. — Tout au plus pourrait-on présumer la cause commerciale lorsqu'il s'agit d'un titre ayant la forme des engagements de commerce. Ainsi, les sommes empruntées par le mineur par lettres de change, billets à ordre, mandats négociables, comptes courants, etc., pourraient être plus facilement considérées comme se référant à ses affaires commerciales.

Au reste dans tous ces cas, comme dans celui où l'acte énonce que l'obligation est contractée pour le commerce du mineur, rien n'est définitivement acquis contre celui-ci. Il peut toujours soutenir et prouver qu'en fait la cause de l'engagement a un tout autre objet. C'est ce que la Cour d'Aix a formellement consacré en jugeant, le 17 janvier 1823, que le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce, auquel un billet à ordre a été endossé *pour valeur reçue en marchandises*, et qui l'a endossé pour valeur reçue comptant et pour fait de son commerce, est recevable, à l'égard de celui qui a reçu son endossement, à soutenir qu'il n'était pas commerçant et qu'il n'a pas fait acte de commerce, et par suite à former requête civile envers le jugement en dernier ressort qui le condamne au paiement du billet.

161. — Il importe de retracer l'espèce de cet arrêt, car elle renferme un exemple remarquable que la fraude

à la loi peut recourir même à simuler une autorisation pour le mineur de faire le commerce.

Le 30 mars 1821, un billet à ordre de la somme de 4,000 fr., causé valeur reçue en marchandises, et payable au 15 août, est souscrit à Marseille par le sieur Marcelin Clément, commerçant, en faveur du sieur Edouard Clément fils.

Ce billet est endossé par le sieur Clément fils en faveur de la demoiselle Marie-Catherine Clément, et cet endossement est causé valeur en marchandises.

Le même billet est endossé par la demoiselle Clément en faveur du sieur Philippe-Laudry Lezac, et cet endossement est causé valeur reçue comptant et pour fait de mon commerce.

Il est à remarquer que la demoiselle Clément était âgée de plus de dix-huit ans; qu'elle avait été émancipée et autorisée à faire le commerce à l'époque où l'endossement avait été passé en sa faveur, et à par elle cédé au sieur Lezac.

Le Tribunal et la Cour saisis de la demande en requête civile constatent en fait que la demoiselle Clément n'a jamais fait le commerce. Ils en concluent que l'émancipation et l'autorisation n'ont eu pour but que d'éluder la loi, en donnant à cette mineure une apparence de capacité en vue de l'engagement qu'on lui arrachait.

Ce qui se présentait dans cette circonstance peut également se rencontrer dans d'autres cas. C'est là une fraude périlleuse pour le mineur, et contre laquelle il doit être énergiquement protégé. Heureusement qu'on

arrive à ce résultat par la seule application des principes généraux de la matière.

162. — L'autorisation de faire le commerce, précédée de l'émancipation, rend le mineur capable de devenir commerçant, mais ne le constitue pas tel. Il faut, pour qu'elle devienne acquisitive de cette qualité, qu'elle soit suivie de l'exercice effectif du commerce. Conséquemment, si, après s'être fait autoriser, le mineur n'en entreprend aucun, il ne peut valablement s'engager, la condition exigée pour la validité de ses obligations, à savoir qu'elles aient été souscrites pour le fait de son commerce, devenant irréalisable.

Ainsi le mineur émancipé et autorisé est, en droit, capable de faire le commerce. Mais si, en fait, il s'est abstenu de s'y livrer, il n'a pas la capacité. L'énonciation que le titre renferme qu'il a été souscrit pour son commerce n'est plus qu'un mensonge avéré, qu'une fraude contre la loi. La Cour d'Aix a donc tiré de ces prémisses une conclusion logique, lorsqu'elle a admis la requête civile, le mineur, dans l'espèce, ne s'étant pas défendu et ne l'ayant pas été valablement.

163. — Il est vrai qu'en vertu de l'article 3 du Code de commerce, le mineur régulièrement émancipé et autorisé peut faire valablement un acte de commerce. Mais cette objection était justement repoussée dans l'espèce par la nature du titre. En effet, la négociation d'un simple billet à ordre ne constitue pas un acte commercial. Le contraire se fût-il réalisé, le résultat eût dû

être le même. En effet, dès qu'il est acquis que l'acte n'est en réalité, de la part du mineur, qu'un cautionnement bénévolement donné pour la dette d'un tiers, sous quelque forme qu'il ait été donné, ce cautionnement excède la capacité du mineur commerçant, et devient un acte purement civil contre lequel il doit être restitué.

164. — Mais la question de forme peut avoir un grave intérêt pour le tiers porteur. Ainsi, celui qui accepte un billet à ordre portant la signature d'un mineur ne pourra obtenir contre lui une condamnation que s'il prouve qu'il est commerçant et qu'il n'a signé que pour les affaires de son commerce.

Le tiers porteur d'une lettre de change, endossée par le mineur, n'aura à prouver qu'une chose, à savoir qu'il était régulièrement autorisé. Cette autorisation rend le mineur capable de tous les actes de commerce. La transmission d'une lettre de change étant un fait commercial, le mineur serait donc valablement engagé.

En conséquence, et si la bonne foi du tiers porteur était incontestable, le mineur, ne pouvant faire valoir contre lui aucune exception foncière, devrait être condamné à le désintéresser, sauf son recours contre celui avec qui il aurait directement traité.

165. — Ainsi il faut distinguer, dans les engagements souscrits par les mineurs, ceux qui l'ont été dans la forme commerciale, de ceux qui sont constatés en la forme ordinaire ou par acte authentique.

Les premiers doivent, pour être présumés faits pour

son commerce, en renfermer la mention expresse. Toutefois, cette mention n'exclut pas la preuve contraire que le mineur est toujours recevable à offrir et à faire tant par témoins que par présomptions. Cette preuve contraire, pour être utile, doit nécessairement établir que celui qui a traité avec le mineur a connu le motif de son obligation et l'emploi que devaient recevoir les fonds qu'il a reçus en échange.

166. — Les actes authentiques conférant hypothèque ne sont pas régis par l'article 638. Il n'est pas indispensable qu'ils renferment la déclaration que le mineur agit pour son commerce, mais il faut de toute nécessité qu'ils aient réellement cette cause, car ce n'est qu'à cette condition qu'ils auront été valablement souscrits.

Donc, que la cause commerciale y soit ou non exprimée, il suffit que le mineur la dénie pour que le créancier soit tenu d'en justifier l'existence et la réalité. Que la charge de cette preuve incombe au créancier, c'est ce dont il n'est pas permis de douter après avoir consulté la discussion législative que le prince archichancelier résumait dans cette proposition : Ce sera au créancier à prouver que les immeubles ont été hypothéqués pour fait de commerce; et, certes, le créancier aura soin de se ménager cette preuve, en prenant les précautions nécessaires pour établir l'origine de la créance. [1]

[1] Séance du 25 novembre 1806.

167. — Savary indique de quelle nature doivent être ces précautions. « Le prêteur doit voir si celui qui » veut emprunter est établi dans quelque boutique ou » magasin ; lui faire déclarer par le contrat que l'argent » est pour l'employer en achat de marchandises pour » en faire le commerce dans sa boutique ou magasin ; » l'obliger d'en rapporter les quittances de l'emploi, » de ceux qui lui auront vendu ses marchandises. Ainsi » ce marchand ne pourra se faire restituer sous pré- » texte de minorité. »[1]

Au reste, l'esprit de la loi étant de n'autoriser le mineur à emprunter que pour satisfaire à des besoins urgents et actuels, il est un moyen fort simple de constater l'emploi. Ce moyen consisterait à indiquer dans l'acte les créanciers qui doivent être désintéressés, à charger le prêteur de réaliser ce paiement, de retirer les factures et les traites acquittées. Il en serait de ce cas comme dans celui prévu par Jousse, à savoir lorsque l'acte constatant l'emprunt constate également la remise actuelle de la marchandise en formant la contre-valeur.

Toutes ces précautions sont sans doute peu compatibles avec la rapidité qu'exigent les opérations commerciales. Mais il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en matières exceptionnelles, et que la loi qui, tout en permettant le commerce au mineur de dix-huit ans, ne s'est pas dissimulée qu'on ne pouvait attendre de lui autant de maturité et de sagesse que d'un homme

[1] *Parfait négociant*, t. I, p. 285.

de trente ans, devait le protéger efficacement contre sa propre faiblesse, contre l'avidité de ceux qui spéculeraient sur l'entraînement de son âge. D'ailleurs, un prêt hypothécaire n'est guère dans les usages du commerce. On pouvait donc exiger, à son endroit, ce qu'on n'exigerait pas dans une opération purement commerciale.

168. — L'hypothèque légalement et régulièrement consentie produit contre le mineur commerçant le même effet qu'elle aurait contre le majeur. Le créancier pourra donc, en cas de non-paiement à l'échéance et après avoir rempli les formalités voulues par la loi, saisir et faire vendre les immeubles affectés à sa créance. On ne pourrait le contraindre à la discussion préalable du mobilier. L'article 2206 du Code Napoléon qui la prescrit n'est applicable qu'au mineur émancipé ou non. Or, le mineur commerçant n'est pas dans cette catégorie. Réputé majeur pour le fait de son commerce, il ne serait pas recevable à revendiquer une faveur à laquelle le majeur n'a aucun droit.

169. — Le mineur commerçant, réputé majeur pour tout ce ce qui concerne son négoce, n'a besoin d'aucune autorisation pour ester en justice soit comme demandeur soit comme défendeur. Il peut donc directement citer ses débiteurs ou être cité par ses créanciers devant le tribunal compétent. Il peut également transiger et compromettre sur toutes contestations, pourvu toutefois qu'elles aient le caractère commercial. A l'égard des contestations purement civiles, ses droits se

bornent à ceux du mineur émancipé, dont il doit également subir les obligations.

170. — Le mineur commerçant peut acheter même des objets étrangers à son commerce, mais à cet endroit il agit plutôt comme mineur émancipé qu'en sa qualité de commerçant. Les conséquences qui s'en tirent sont que si les achats, même d'objets mobiliers, lui ont occasionné un préjudice, il peut, non les faire annuler, mais en demander la réduction.

Conformément à cette règle, il a été jugé que l'achat fait par un mineur commerçant d'immeubles pour y établir son industrie est valable, et que la lésion qu'il en aurait éprouvée donnerait lieu en sa faveur non à la nullité de l'acte, mais à la réduction du prix. [1]

171. — Du principe que le mineur autorisé à faire le commerce n'est réputé majeur que pour les actes relatifs à celui-ci, il résulte que, pour tout ce qui ne s'y rapporte pas d'une manière immédiate et directe, le mineur reste grevé de l'incapacité inhérente à sa qualité. Dans quelle catégorie doit-on placer le cautionnement qu'il aurait consenti en faveur d'un tiers?

Si ce cautionnement intéressait son commerce comme, par exemple, s'il avait garanti l'obligation de son associé, il ne pourrait en être relevé. Il le serait incontestablement si la dette cautionnée n'avait aucun

[1] Colmar, 31 janvier 1826.

rapport avec ses propres affaires. C'est ce qui avait été admis sous l'empire de l'ordonnance de 1673.

« Les mineurs commerçants, disait Jousse, peuvent endosser des lettres de change et cautionner d'autres marchands, pourvu que leur cautionnement soit dépendant de leur commerce. Mais un mineur marchand ou banquier, qui se serait rendu caution ou certificateur pour raison d'une dette étrangère à son négoce, pourrait se faire restituer contre un pareil engagement. Ainsi, par arrêt du mois d'avril 1601, rapporté par Le Bret (*Action* 31, p. 1023), un marchand qui, en minorité, s'était rendu certificateur de la caution d'un receveur de caisses, fut restitué contre son obligation. Bouvet, en ses *Questions*, tome I, au mot *fidejusseur*, question 3, rapporte aussi un arrêt du Parlement de Dijon, du 28 juillet 1614, par lequel un marchand mineur qui avait cautionné un autre marchand, quoique pour marchandise, a été déchargé de son cautionnement, parce qu'il ne suffit pas que le mineur s'oblige pour marchandises quand elles sont pour le compte d'autrui, mais il faut qu'il s'oblige pour le fait de son commerce. [1]

172. — La même solution se déduirait juridiquement de notre législation actuelle. Mais cette règle, fort simple en matière de cautionnement ordinaire, peut offrir des difficultés, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement réalisé en la forme commerciale. Ces difficultés devraient se résoudre par les considérations que nous

[1] Sur l'article 6, t. I, de l'ordonnance de 1673.

exposions tout à l'heure en nous occupant de l'arrêt d'Aix, du 17 janvier 1823.

Ainsi signer ou endosser un lettre de change étant un acte commercial, oblige *ipso facto* le mineur régulièrement autorisé. On ne saurait dès-lors, si l'autorisation est justifiée, écarter sous aucun prétexte le tiers porteur de bonne foi, en mains duquel la négociation ultérieure a fait arriver la lettre de change.

Mais il ne saurait en être ainsi de celui qui a directement traité avec le mineur. A son encontre celui-ci sera recevable à rendre à l'opération son véritable caractère. Il obtiendra donc, par la preuve qu'elle n'a été de sa part qu'un acte de complaisance, qu'un simple cautionnement, soit d'être délié de tout engagement, soit d'être remboursé, s'il a lui-même désintéressé le tiers porteur.

173. — En pareille matière, nous le répétons, on ne saurait agir avec trop de prudence. Les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue que ce n'est en quelque sorte qu'à regret que la loi a permis aux mineurs de se livrer au commerce; elle a senti à combien de périls leur âge, leur inexpérience et leur faiblesse les exposaient; combien l'avidité et la finesse de certains hommes pourraient facilement abuser d'un entraînement aveugle qu'ils auraient fait naître, et dont ils profiteraient pour ruiner les mineurs dans leur intérêt.

C'est donc s'associer à sa pensée la plus intime que de veiller à ce que le mineur ne puisse, sous aucun prétexte, sortir des limites de la capacité spéciale qui lui

est accordée. Or, en cette matière, une ligne imperceptible sépare le droit de l'abus; la fraude est trop facile pour n'être pas redoutable. La vigilance des tribunaux ne sauraient donc être trop excitée. La rigueur qu'ils mettront à réprimer tout ce qui, sous les dehors d'une opération commerciale, tendrait à éluder la loi sur l'incapacité ordinaire du mineur, peut seule assurer à celui-ci la protection que la loi n'a pas voulu lui faire perdre, en l'autorisant à commercer.

174. — Aujourd'hui encore le mineur commerçant a la faculté d'aliéner ses biens pour les besoins de son commerce. Seulement, le silence gardé par l'ancienne législation a été rompu. L'aliénation ne peut être tractativement consentie. Elle n'est valable que si elle est faite dans les formes prescrites par les articles 457 et suivants du Code Napoléon.

175. — L'assentiment de la famille est donc indispensable, mais il ne devra être donné, aux termes de la loi, que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Et si cette prescription était négligée par le conseil de famille, le tribunal chargé de statuer sur la délibération ne manquerait pas d'y ramener les parties.

Nous avons vu les attaques dont cette partie de la disposition de l'article 6 fut l'objet dans le sein du conseil d'Etat. Nous avouons pour notre part que les motifs qui les firent repousser sont loin de nous paraître concluants.

Comme mesure de précaution dans l'intérêt du mineur, l'obligation qui lui est imposée nous paraît complètement inefficace. En effet, elle n'arrivera jamais à lui conserver les biens dont on a voulu gêner l'aliénation. On ne pouvait arriver à ce résultat qu'en les déclarant inaliénables comme les biens dotaux de la femme.

Mais on ne pouvait agir ainsi sans rendre tout commerce impossible pour le mineur. La faculté de les engager et de les hypothéquer qu'il a dû recevoir le laisse donc, quant à leur conservation, sans aucune garantie réelle.

Que fera, en effet, le conseil de famille en présence d'un créancier se livrant ou menaçant de se livrer à une saisie immobilière? Pourrait-il refuser l'autorisation d'aliéner? Mais il ne le ferait qu'en exposant le mineur à supporter des frais considérables, à subir les conséquences d'une saisie qui lui enlèvera immédiatement toute ressource et tout crédit.

Voilà donc une hypothèse où la délibération du conseil de famille sera enchaînée; et notons bien qu'il peut se faire que cet effet ne se produise que parce que le mineur aura voulu se défaire de ses biens. La conduite du créancier, ses menaces, ses poursuites même pouvant n'être que le résultat d'une collusion concertée dans le but de forcer la volonté de la famille.

Le concours de la famille, à l'endroit de la conservation des biens, est donc illusoire. Tout ce qu'il peut produire est, comme on le faisait si bien remarquer, de rendre inévitable une ruine et une faillite qu'une aliénation tractative aurait pu conjurer.

Sous un autre point de vue, la nécessité de ce concours produira ce singulier résultat, d'opposer une barrière à l'exercice d'un acte de la puissance paternelle.

C'est au père, en effet, qu'appartient le droit d'autoriser son fils mineur à exercer le commerce. Cette autorisation donnée, il faut des fonds pour la faire sortir à effets. Le moyen le plus simple est donc d'aliéner un immeuble.

Mais si le conseil de famille ne partage pas l'opinion du père, s'il ne pense pas que le commerce offre cet avantage évident qu'exige la loi, s'il refuse l'aliénation, la volonté du père sera donc annihilée et devra rester sans exécution ?

Non, dira-t-on, car il restera au mineur la ressource des emprunts. Mais à quoi dès-lors se réduit la précaution qu'on veut prendre dans l'intérêt du mineur? Evidemment à rien autre qu'à empirer sa position. La vente de son immeuble lui eût permis d'acheter au comptant, d'obtenir ses marchandises à des meilleurs prix. L'obligation d'emprunter au fur et à mesure de ses besoins lui conservera un immeuble d'un revenu de deux à trois pour cent, tandis qu'avec les frais de commission l'argent lui coûtera le sept ou le huit, et une crise amenant une mévente, le ver rongeur qu'il a attaché à son commerce dévorera tous les fruits de son industrie et le conduira à la ruine et à la faillite.

La disposition de l'article 6, dont nous nous occupons, n'avait donc aucune raison essentielle d'être. Sans efficacité réelle sur les biens du mineur, elle peut devenir, dans un cas donné, une source d'embarras et de dangers.

Vainement a-t-on dit qu'il fallait empêcher le mineur d'abuser de la faculté de vendre au détriment de ses créanciers. Frauder ses créanciers est une pensée que le mineur pourrait concevoir comme le majeur lui-même, mais l'article 1167 a indiqué comment on pouvait avoir raison des actes que celui-ci pourrait se permettre en ce sens. Si cette disposition est efficace contre le majeur, elle l'était également contre le mineur; on n'avait donc qu'à s'en référer aux exigences de l'intérêt personnel, contre l'abus dont il aurait pu avoir à se plaindre.

On dira sans doute que dans la pratique les inconvénients et les dangers dont nous nous préoccupons ne se sont guère produits. Nous répondrons, en fait, que ce qui en rend les effets moins saisissables, c'est que le mineur n'exerce le commerce que depuis trois ans à peine, qu'il atteint sa majorité; que ce laps de temps n'est pas assez considérable pour voir se produire les conséquences fâcheuses que nous relevons.

Mais si le mal n'est pas consommé, il est déjà souvent irrémédiable, et s'il était permis de lire dans les causes vraies de la ruine de certains majeurs ayant commencé le commerce en état de minorité, peut-être trouverait-on que les engagements souscrits pour éviter de faire à sa propre famille l'aveu du désordre de ses affaires, pour ne pas le rendre public par la vente judiciaire de ses immeubles, y ont la plus grande part.

176. — Quoi qu'il en soit, la loi existe, elle doit être exécutée. Le mineur commerçant ne peut aliéner ses

immeubles que dans les formes prescrites par les articles 457 et suivants du Code Napoléon. Toute vente faite contrairement à cette prescription serait radicalement nulle et de nul effet.

177. — La poursuite de cette nullité, comme l'action pour se faire relever des engagements étrangers au commerce ou irrégulièrement souscrits, peut être intentée par le mineur. S'agissant dans tous les cas d'une nullité relative, les majeurs qui auraient traité avec le mineur ne seraient pas recevables à revenir contre leur engagement, par application de l'article 1125 du Code Napoléon.

178. — L'action du mineur peut-elle être exercée par ses créanciers? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, mais le motif de la nullité peut être de telle nature qu'opposable d'une manière générale, il repousserait tous les créanciers.

Ainsi si le mineur a été irrégulièrement autorisé, ou s'il a agi sans autorisation, il est évident que tous ses engagements sont infestés du même vice. Il n'y aurait dans ce cas d'autres créanciers pouvant agir que ceux qui l'étaient de l'auteur du mineur, ou qui ont acquis cette qualité en traitant avec lui sous l'assistance du tuteur ou du curateur.

Si la nullité provient de ce que la matière de l'engagement était étrangère au commerce que le mineur exerçait régulièrement, ou de ce que les formes voulues par la loi pour la vente des immeubles n'ont pas été suivies, tous ceux qui ont agi dans les limites de

la capacité du mineur sont des créanciers sérieux et légitimes, ils peuvent donc, soit comme exerçant les droits de leur débiteur, en vertu de l'article 1166 du Code Napoléon, soit en leur nom, aux termes de l'article 1167, poursuivre la nullité que le mineur pourrait faire prononcer lui-même.

179. — M. Pardessus fait, sur les effets de l'action ouverte au mineur, une observation extrêmement juste, à savoir que c'est par l'ensemble des opérations, et par leur résultat général qu'on doit se prononcer sur le mérite de ses prétentions. Ainsi, s'il avait fait, avec la même personne, plusieurs opérations dont les unes auraient été avantageuses, les autres préjudiciables, il ne pourrait profiter des premières et répudier les autres. L'équitable justesse de cette solution n'a pas besoin d'être établie, elle se justifie en droit par l'indivisibilité forcée des opérations quant au résultat à obtenir. La loi, qui défend au mineur de s'appauvrir, n'a pas entendu lui donner l'occasion de s'enrichir au détriment des majeurs, elle n'entend qu'une seule chose, réparer le préjudice qu'il a pu souffrir. Or, dans notre espèce, le préjudice n'existera qu'autant que, balance faite de toutes les opérations, il resterait une lésion à la charge du mineur.

180. — L'action du mineur se prescrit par dix ans, mais ce délai ne commence à courir que du jour où il a atteint sa majorité. Vainement exciperait-on de la capacité relative que lui donne la faculté d'exercer le commerce. Laisser une prescription s'accomplir n'a rien en

soi de commercial. On ne saurait donc, quant à ce, réputer majeur le mineur commerçant.

181. — Nous avons déjà dit,[1] que l'obtention d'une autorisation régulière ne pouvait être pour le mineur l'occasion de valider les engagements qu'il aurait auparavant irrégulièrement contractés. La capacité résultant de cette autorisation ne pouvant effacer le vice dont ces engagements se trouvent entachés.

Mais la majorité arrivée, le mineur acquiert avec une entière capacité la liberté illimitée de disposer de ses biens et droits. Il peut aliéner les uns, exercer les autres, les abandonner même, s'il le croit utile ou convenable.

Cela est vrai pour le passé, comme pour le présent, comme pour l'avenir. Ainsi, et relativement aux actes nuls qu'il a pu faire en état de minorité, il a la faculté de les faire révoquer. Mais la loi ne lui en fait pas un devoir, c'est là un bénéfice auquel il peut renoncer, auquel il est légalement présumé avoir renoncé, si son inaction s'est prolongée assez pour laisser à la prescription le temps de s'accomplir.

A plus forte raison se rendrait-il non-recevable à revenir contre ces actes si, au lieu de réaliser son attaque, il les avait confirmés ou ratifiés. Or, ce résultat n'a pas toujours besoin d'être exprès, il peut s'induire d'actes personnels le faisant présumer, notamment de l'exécution à laquelle il se serait livré, ou qu'il aurait promis.

Il est évident que le renouvellement du titre en serait

[1] *Sup.* n° 97.

la confirmation. En effet, on ne régularise pas ce qu'on ne veut pas exécuter, ce qu'on peut légalement ne pas exécuter. La loi conférant au débiteur l'option, admet définitivement le parti auquel il a plu à celui-ci de s'arrêter lorsque, ayant atteint sa majorité, il était capable d'en choisir un.

Ainsi la ratification expresse ou tacite du mineur devenu majeur est un obstacle invincible à toute attaque ultérieure contre l'acte soumis à l'action en nullité ou en rescision, cet acte est donc purgé du vice dont l'entachait la minorité du souscripteur, et rien ne saurait plus en arrêter l'exécution.

—

ARTICLE 7.

Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles.

Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code Napoléon.

SOMMAIRE.

182. La disposition de cet article était une conséquence du précédent. Motif pour accorder à la femme le droit d'aliéner.

182. — La disposition de l'article 6 amenait forcément celle de l'article 7. Comme le mineur, la femme mariée étant admise à faire le commerce, devait avoir le moyen de se procurer les ressources indispensables à ses opérations, on ne pouvait donc lui refuser ce qu'on accordait au premier, à savoir la faculté d'engager et d'hypothéquer ses immeubles, dans cet objet.

On devait même lui concéder à elle ce qu'on avait refusé à l'incapacité du majeur, le pouvoir d'aliéner ses biens tractativement et sans aucune formalité de justice. La femme mariée n'a pas perdu la capacité qu'elle a

acquise en atteignant sa majorité. Seulement, et pour un motif de haute convenance, les effets de cette capacité sont subordonnés à l'autorisation maritale. Dans le cas qui nous occupe, cette autorisation ne pouvait être un obstacle. Le mari, en consentant à ce que sa femme soit marchande publique, est par cela même présumé l'avoir formellement autorisée pour toutes les opérations ressortissant de son industrie. L'aliénation d'immeubles amenée par les nécessités et les besoins de cette industrie, se plaçant dans cette catégorie, est donc comprise dans cette autorisation générale que la loi admet exceptionnellement.

183. — La vente de ses immeubles, faite par la femme sans autorisation spéciale, est donc autorisée. Mais, des considérations qui précédent, il suit qu'elle ne pourra valablement et régulièrement user de cette faculté qu'aux deux conditions suivantes :

1° Elle doit avoir atteint sa majorité, il est évident que si au moment de la vente elle était encore mineure, elle ne pourrait avoir plus de droit qu'un mineur ordinaire. L'autorisation du mari ne pourrait avoir pour résultat de la délier des effets de son incapacité légale. Rien donc ne la dispenserait de suivre les formes tracées pour la vente des biens des mineurs. Marchande publique, elle y serait notamment obligée par la disposition formelle de l'article 6 que nous venons d'analyser.

184. — 2° La vente doit avoir pour cause le com-

merce qu'elle est autorisée à exercer. En effet, la capacité que confère l'article 7 n'est relative qu'au commerce lui-même. La femme n'est dispensée de l'autorisation particulière et spéciale à chacun de ses actes, qu'au bénéfice de l'autorisation générale embrassant toutes ses opérations. Exciper de celle-ci pour couvrir un acte étranger au négoce, serait donc en méconnaître la nature et le caractère, en outrer les effets et lui donner une extension que la loi lui a refusée.

Ainsi, lors de la discussion de l'article 7 au conseil d'Etat, on avait proposé d'exprimer que la faculté d'engager, d'hypothéquer et d'aliéner, conférée aux femmes marchandes publiques, était bornée aux faits de leur commerce. Cette proposition n'eut pas de suite sur l'observation qu'on ne pouvait se méprendre sur l'étendue de la disposition, puisqu'elle est placée dans le Code de commerce, et que, pour le reste, la femme demeure sous l'empire du Code Napoléon.

185. — La question de savoir si la femme était ou non majeure au moment de l'acte ne saurait être ni difficile ni douteuse. Le rapprochement de la date de cet acte et de celle de la naissance suffit pour la trancher. Mais il n'en est pas ainsi de celle de savoir si la cause de l'obligation ou de la vente se réfère ou non au commerce de la femme. La première difficulté qu'elle soulève est celle de savoir à la charge de qui, du mari ou de la femme, du créancier ou de l'acquéreur, incombe la preuve que l'acte a ou n'a pas une cause commerciale.

200. — Ce que des simples particuliers pratiquaient devait également se retrouver, et sur une plus vaste échelle, chez les commerçants. Aussi est-il bien certain qu'ils n'ont pas attendu, pour avoir des livres, que la loi leur en fît une obligation. Avant l'ordonnance, dit Savary, les négociants, pour tenir bon ordre dans leurs affaires, ont toujours tenu des livres sur lesquels ils ont écrit toute leur dépense, non-seulement celle qui regardait leur commerce, mais encore celle de leur maison. [1]

Ajoutons que ces négociants étaient récompensés de la régularité avec laquelle ils procédaient. Leurs livres leur valait de les faire considérer comme de bonne foi, et faisaient pencher en leur faveur les balances de la justice. C'est ce que prouve la doctrine et la jurisprudence.

Si le marchand a accoutumé de faire papier journal, il pourra être creu en plus grande somme que cinq sols tournois, dedans les six mois de l'ordonnance, pourveu qu'il soit marchand de bonne réputation, et que son papier journal soit bien réglé par ordre d'années, mois et jours, et nombre de feuillets. Ainsi le décide Guido-pape, décis. 141.[2]

Par sentence des juges et consuls, confirmée par arrêt du 2 décembre 1657, un marchand passementier, n'ayant point tenu de livres, fut condamné à payer à un marchand de soie, qui en rapportait un, la somme de

[1] *Parfait négociant*, liv. 4. ch. IV, p. 294.
[2] Coquille, sur la Coutume du Nivernais, art. 1er, ch. XXIX.

4000 livres de laquelle il s'était rendu redevable sur le livre de sa partie, d'où il faut induire cette règle que lorsqu'un marchand en gros ou en détail n'a point de livre de raison, et que l'autre partie au contraire en rapporte un, elle est réputée être dans la bonne foi et son livre fait foi. [1]

201. — L'obligation depuis imposée par le législateur n'était donc pas, comme le dit Savary, une chose nouvelle. Sa prescription était exécutée avant même qu'il l'eût sanctionnée. Il importait cependant qu'elle fût prise pour faire cesser un abus que le silence gardé par la loi rendait inévitable. Le commerçant pouvait toujours dénier avoir tenu aucun livre, et cette dénégation devait surtout se réaliser lorsque la partie adverse offrant de s'en remettre à leur énonciation, la production eût amené la condamnation de leur rédacteur; ou lorsque, tombé en déconfitures, il pouvait craindre que ses livres ne fissent découvrir ses malversations et sa fraude.

Un pareil état des choses était un danger pour les commerçants, une atteinte grave au crédit public. Il sacrifiait inévitablement les créanciers de bonne foi, assurait le triomphe de la fraude, en rendait toute répression impossible. L'intérêt public, comme l'intérêt privé, exigeait donc une énergique et radicale modification. C'est à ce besoin que répondit l'immortel auteur de l'ordonnance de 1673.

[1] Bornier, sur l'art. 1er, tit. III de l'ordonnance de 1673.

par exemple, obéissant à ses propres convenances, il avait décidé la femme à vendre par des sollicitations réitérées, ou si sa mauvaise foi s'induisait de précautions suspectes, de la vileté du prix, du mode de paiement, ou de toutes autres circonstances de nature à éveiller la méfiance et à inspirer le soupçon.

En dernière analyse, l'aliénation ne peut être révoquée que lorsqu'il est certain qu'elle n'est que le résultat d'une simulation frauduleuse tendant à éluder la loi sur la nécessité de l'autorisation maritale. Il faut donc en ce cas, et par application des principes généraux du droit, que les tiers poursuivis aient connu la fraude et y aient participé. Le devoir de prouver cette connivence, imposé aux créanciers ordinaires agissant en vertu de l'article 1167 du Code Napoléon, ne pouvait pas ne pas être obligatoire, dans l'espèce, pour l'époux poursuivant la nullité de l'aliénation. La preuve pourra être difficile. Mais recule-t-on devant une difficulté dans l'hypothèse à laquelle nous venons de faire allusion? Or ici, comme là, la bonne foi des tiers est une exception légale et péremptoire; ici, comme là, cette bonne foi est toujours présumée et ne s'efface que devant la preuve de la mauvaise foi.

Ainsi la preuve contraire que l'époux peut faire, malgré la présomption de l'article 638, doit avoir pour résultat d'établir la complicité de l'acquéreur dans la fraude que l'aliénation constituerait. Elle ne serait donc recevable que si les faits cotés présentaient ce caractère. La preuve de la dissipation du prix, isolée de cette complicité laissant le tiers sans reproche, lui assurerait le

bénéfice de son acquisition. Tout ce que le mari pourrait prétendre dans ce cas serait de rétracter le consentement qu'il aurait donné à ce que sa femme fît le commerce, car elle aurait abusé de la confiance qu'il lui avait témoignée et trompé ses légitimes prévisions.

187. — L'incontestable avantage que la femme marchande publique peut trouver dans l'aliénation de ses biens, les secours qu'elle y puisera dans l'intérêt de son commerce avaient déterminé la section de l'intérieur à lui permettre l'aliénation de son fonds dotal. Cette proposition fut repoussée après une vive discussion.

Ici, comme pour les articles précédents, les principes déjà consacrés par le Code Napoléon, et auxquels on ne voulait pas déroger, devaient exercer une puissante influence sur la solution. Aussi la section de l'intérieur s'empressait-elle de déclarer qu'elle n'entendait nullement méconnaître l'inaliénabilité de la dot; que sa proposition n'avait qu'un seul but, à savoir, ajouter un cas d'aliénabilité à ceux déjà admis par le Code Napoléon.

188. — « Dans ces termes, disaient les partisans de ce système, la proposition de la section n'a rien que de raisonnable ; elle ne fait que simplifier la marche des choses, car, si la femme ne peut engager ses biens dotaux, on s'assurera de sa personne, et alors ses biens deviendront aliénables. Pourquoi exiger une formalité préalable qui est aussi inutile que rigoureuse?

« C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour décider la question. Il s'agit de s'avoir si l'on permettra à la femme d'aliéner ses biens dotaux pour prévenir son déshonneur et sa ruine, ou si on ne lui donnera cette faculté qu'après qu'elle sera déshonorée et ruinée ? »

On répondait : « Que l'aliénation du fonds dotal importait peu au succès du commerce de la femme ; qu'ainsi en pays de droit écrit, où le commerce était permis aux femmes, cette inaliénabilité ne les empêchait pas de trouver un crédit suffisant.

« Cependant on propose non-seulement d'ajouter à la loi, mais encore de violer les dispositions du contrat de mariage lui-même. En effet, la femme mariée sous le régime dotal est constituée dans un état d'incapacité qui n'est pas seulement légale, elle est encore contractuelle.

« On n'établira qu'elle en peut être relevée, qu'autant qu'on établira qu'elle peut, pendant le mariage, déroger à son contrat, ou que le mari, auquel il est défendu autant qu'à la femme d'y déroger, peut l'y autoriser.

« Il faut qu'on dise que les conventions matrimoniales peuvent être changées et altérées dans leur essence, si la femme veut négocier; et alors pourquoi ne pas lui permettre de les changer pour causes aussi utiles et moins chanceuses? »

Enfin, on faisait remarquer qu'il n'y aurait plus de biens dotaux, s'il était indéfiniment permis au mari et à la femme de les employer au commerce. Ainsi s'éva-

nuirait cette ressource suprême que la loi a entendu réserver à la famille. [1]

189. — On n'admit donc pas que le commerce pût et dût introduire une nouvelle exception au principe de l'inaliénabilité du fonds dotal. Etait-il bien urgent qu'il en fût autrement? Ce qui est de nature à faire réfléchir à cet endroit, c'est que l'inaliénabilité n'a dans aucun temps excité la moindre réclamation, la nécessité de la modifier n'a été indiquée par aucun tribunal, par aucune chambre de commerce, offrant leurs observations sur le projet du Code de commerce. Il faudrait donc induire de ce silence que, dans la pratique, on avait été fort peu frappé des inconvénients signalés au conseil d'État par les défenseurs du système de la section de l'intérieur, et par la section elle-même.

Cette pratique, cependant, ne se bornait pas aux pays de droit écrit. Les coutumes admettant l'inaliénabilité de la dot n'en avaient point fait fléchir le principe devant les exigences du commerce de la femme. C'est ainsi notamment que la femme normande, quoique marchande publique, ne pouvait engager, hypothéquer ou aliéner ses immeubles dotaux.

En réalité, cette inaliénabilité n'avait rien de trop absolu, et les créanciers pouvaient indirectement en corriger les effets. La femme marchande publique s'obligeant par corps, l'exercice de la contrainte était une occasion d'obtenir la vente du fonds dotal. Celui-là donc

[1] Séance du 10 janvier 1807.

qui, placé en présence de ce fonds, persistait à vouloir être payé, n'avait pour y parvenir qu'à faire exécuter la contrainte par corps. Quelque rigoureux que fût ce moyen, il n'en sauvegardait pas moins l'intérêt des créanciers dans une certaine limite, et cela expliquerait jusqu'à un certain point l'absence de réclamation dont nous parlions tout à l'heure.

En dernier résultat, le mari est libre de consentir à ce que sa femme exerce le commerce. Que l'autorisation tacite en résultant donne à la femme le pouvoir de faire seule les actes que, dans les cas ordinaires, elle ne pourrait faire sans le concours du mari ou son consentement écrit, il n'y a là rien que de très naturel, que de fort logique. Mais on n'hésite pas cependant à reconnaître que cette autorisation se restreint aux actes du commerce. A plus forte raison devait-on en admettre l'impuissance lorsque l'acte est de telle nature, que le mari était lui-même incapable de le permettre. Or, l'autorisation formelle du mari serait insuffisante pour l'aliénation du fonds dotal. Comment donc la faire résulter valablement du consentement donné à l'exercice du commerce, sans reconnaître à l'autorisation tacite une force qu'on n'hésite pas à refuser à l'autorisation spéciale et formelle?

190. — La femme marchande publique est donc, à l'endroit de sa dot immobilière, dans la même position que la femme ordinaire. Comme celle-ci, elle ne peut l'engager, l'hypothéquer ou l'aliéner que dans les cas

et aux formes spécialement énoncés par la loi, à la condition toutefois qu'elle sera *mariée sous le régime dotal.*

Ces mots, qui ne figuraient pas dans le projet du Code, ont été ajoutés pour prévenir tout équivoque sur l'esprit de la loi et sur le sens de l'inaliénabilité qu'elle consacre.

Ainsi la constitution de dot n'est pas exclusive au régime dotal, elle peut se réaliser sous tous les autres systèmes, et notamment sous celui de la communauté. Des doutes pouvaient s'élever dans ces hypothèses sur le caractère de l'immeuble faisant l'objet de la constitution. Était-il ou non inaliénable vis-à-vis de la femme marchande publique?

Ce doute est tranché par l'article 7, il n'y a réellement inaliénabilité pour celle-ci que si elle est mariée sous le régime dotal. Conséquemment, si ce régime n'a pas été choisi, il importe peu que l'immeuble ait été ou non constitué en dot. La femme pourra l'hypothéquer ou l'aliéner pour raison de son commerce, comme elle le pourrait pour ceux qui lui seraient plus tard obvenus à titre de succession, donation ou autrement. Par une conséquence immédiate, l'immeuble constitué est comme les autres soumis aux exécutions des créanciers, celles-ci ne s'arrêtant qu'en présence de l'inaliénabilité, empêchant l'acquisition d'un droit quelconque sur les biens qui en sont frappés.

191. — L'indisponibilité de la dot peut être modifiée par les conventions matrimoniales. Les époux, par exemple, peuvent stipuler que le fonds dotal pourra

être aliéné avec l'autorisation du mari, ou par lui avec le consentement de sa femme, et avec ou sans remploi. Dans ces hypothèses, la femme marchande publique trouverait-elle dans l'autorisation tacite le pouvoir de vendre valablement l'immeuble déclaré aliénable par le contrat?

La négative nous paraît devoir être consacrée, tant sous le rapport du texte de l'article 7, que sous celui des effets résultant du consentement donné par le mari à ce que la femme exerce le commerce. Nous l'avons déjà dit, l'autorisation générale que ce consentement entraîne, ne s'entend jamais que pour les actes ressortissant du commerce de la femme. Les faits purement civils restent soumis à la règle tracée par l'article 217.

Or, la dot de la femme ne saurait être rangée au nombre des objets sur lesquels elle est appelée à exercer son industrie. Sa disposition ne saurait donc jamais revêtir un caractère commercial. Loin de l'autoriser, l'article 7 la prohibe formellement.

Conséquemment la femme ne saurait revendiquer le droit de l'aliéner qu'en vertu de la clause expresse de son contrat de mariage. Un acte pareil n'a évidemment rien de commercial, et dès-lors l'autorisation tacite du mari ne saurait le concerner.

En d'autres termes, l'aliénation n'est pas en général considérée comme une conséquence directe du commerce de la femme, elle ne revêt ce caractère que lorsqu'elle n'est réalisée que dans l'intérêt exclusif de ce commerce, et pour fournir le moyen de pourvoir à ses exigences.

Cette éventualité a dû nécessairement être prévue par le mari, à l'endroit des biens dont la disponibilité dépend uniquement de son autorisation. Il en a donc volontairement couru la chance. En consentant à ce que sa femme fît le commerce, il est de plein droit présumé lui avoir donné au besoin cette autorisation : qui veut la fin veut les moyens.

En droit commun, au contraire, le fonds dotal est inaliénable, même pour la femme marchande publique. Sa disposition, comme conséquence du commerce, n'a donc pu entrer dans la prévision de personne. Reste l'application des clauses du contrat de mariage, mais l'exercice d'un droit puisé à cette source est un acte ordinaire de la vie civile pour lequel la femme marchande publique ne serait pas dispensée de recourir à une autorisation spéciale, alors même que le contrat de mariage ne la prescrirait pas formellement.

192. — Ainsi l'aliénation du bien dotal, permise par le contrat de mariage, n'est valable que dans les conditions stipulées et qui doivent être rigoureusement accomplies. Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une faculté exclusivement personnelle aux époux, et dont la réalisation ne saurait dans aucun cas leur être imposée. Ainsi les créanciers commerciaux de la femme ne pourraient exciper contre elle de cette faculté, ni la contraindre à la réaliser, il suffit qu'il s'agisse d'un bien dotal, et que la femme soit mariée sous le régime de la dotalité, pour que, sans droits sur les biens, ils soient irréce-

vables à profiter des modifications stipulées dans le contrat.

193. — L'inaliénabilité du fonds dotal tenant moins à l'incapacité personnelle des époux qu'à l'indisponibilité dont le frappe la loi, il en résulte qu'à l'endroit des créanciers commerciaux de la femme, les biens le composant ont été réellement placés hors du commerce et n'ont jamais pu être considérés par eux comme une ressource sur laquelle il leur fût permis de compter, même d'une manière éventuelle. Ils ne peuvent dès-lors, dans aucun cas, les rendre l'objet d'une poursuite, d'une exécution quelconque.

Ce qui est vrai pour chaque créancier personnellement, est vrai pour la masse. Ainsi, même après la faillite déclarée de la femme, la propriété de ces immeubles ne cesse pas de résider sur la tête de celle-ci, elle en conserverait même l'administration et la jouissance par la séparation de biens qu'elle aurait précédemment obtenue, ou qu'elle ferait ultérieurement prononcer, si le désordre des affaires du mari mettait la dot en péril. Ce désordre est d'autant plus facile à prévoir que le mari, responsable dans cette hypothèse des dettes de sa femme, peut trouver dans la ruine de celle-ci sa propre ruine. Les revenus de la dot appartiennent exclusivement à la famille. N'ayant jamais traité ni pu traiter avec elle, les créanciers ne pourraient ni en revendiquer ni en faire saisir les produits.

La femme marchande publique est donc, même après la faillite, à l'endroit de ses immeubles dotaux, dans la

même position que si elle n'avait jamais fait le commerce. Ses créanciers, sans droit ni titre contre le capital de la dot, ne sauraient apporter aucun obstacle à ce que les revenus conservent la destination que la loi a entendu exclusivement leur donner.

194. — La dissolution du mariage par la mort d'un des époux enlève aux biens de la femme tout caractère de dotalité, et les rend, par conséquent, aliénables pour l'avenir. Les créanciers de la femme antérieurs à son mariage, comme ceux envers qui elle s'obligerait après la dissolution, peuvent donc les saisir et les faire vendre pour se faire payer de ce qui leur est dû.

Cette faculté appartient-elle aux créanciers dont les droits ont été acquis durant le mariage? L'affirmative avait été soutenue par MM. Toullier et Delvincourt. Mais c'était là une erreur évidente qui, signalée par tous les auteurs qui ont écrit après eux, a été proscrite énergiquement par la jurisprudence. On ne pouvait, en effet, la soutenir qu'en interprétant la pensée du législateur dans un sens diamétralement opposé à celui qu'il a réellement admis.

L'inaliénabilité de la dot est autant dans l'intérêt de la famille que dans celui des époux. Or, comment ce double intérêt pourrait-il être atteint, si, pour des obligations contractées pendant la durée du mariage, la femme ou ses héritiers voyaient, aussitôt après la dissolution, disparaître les biens que la loi avait tant à cœur de leur conserver?

Vainement exciperait-on de ce que la femme marchande publique ayant capacité pour contracter, ses créanciers doivent être plus favorablement traités que ceux de la femme ordinaire. Nous avons déjà dit que la capacité de la femme marchande publique n'existait que pour ses biens libres; qu'elle disparaissait complètement à l'endroit de son fonds dotal. Elle n'a jamais pu valablement l'engager ni l'hypothéquer, et ce serait admettre le contraire que d'autoriser, en cas de dissolution du mariage, un recours quelconque sur ces biens en faveur de ses créanciers. Ce recours conduirait à ce résultat singulier, à savoir que l'hypothèque qui aurait été consentie, se trouvant nulle de plein droit, ne saurait, dans aucun temps, produire le moindre effet, tandis qu'on accorderait ces effets à la simple obligation personnelle non accompagnée d'hypothèque.

Il est évident d'ailleurs qu'il ne pouvait exister d'inaliénabilité réelle qu'à la condition d'affranchir les biens dotaux des conséquences des engagements contractés pendant le mariage. Repousser cette condition, c'était leurrer la famille d'un espoir trompeur, et se réduire à une inaliénabilité temporaire. C'était, en un mot, tout en proscrivant la disposition de la dot, en consacrer le principe et le germe. Or, c'est précisément ce principe et ce germe que l'article 1554 a entendu et voulu condamner.

La dissolution du mariage rend les biens dotaux à la circulation pour l'avenir, mais elle ne saurait faire qu'ils n'aient pas été inaliénables pendant le mariage, ni valider ce que la loi déclarait absolument nul. En consé-

quence, les créanciers commerciaux de la femme, qui d'ailleurs n'ont jamais traité avec l'immeuble dotal, sont, comme les créanciers ordinaires, irrécevables à se livrer à des exécutions sur cet immeuble redevenu libre. Ils sont, quant à ce, sans droit et sans action.

Mais l'incontestable validité des titres dont ils sont porteurs et leur nature leur assurent la faculté d'éluder l'application de cette règle. Après la dissolution du mariage, comme pendant sa durée, ils ont le droit d'exercer contre la femme la contrainte par corps. Cet exercice pouvant déterminer l'aliénation du fonds dotal pendant qu'il est encore inaliénable, pourrait, à plus forte raison, la légitimer lorsqu'il a perdu ce caractère. Il n'est donc pas douteux que la femme, voulant racheter sa liberté, aurait, si elle était devenue veuve, la capacité d'aliéner ses biens, sans être même obligée de recourir à la justice.

Mais c'est là une faculté dépendant de la volonté exclusive de la femme, et dont les créanciers ne pourraient contraindre l'exercice. Ainsi, si la veuve poursuivie à raison de son commerce, exécutée par la voie de la contrainte par corps, faisait déclarer sa faillite, la position des créanciers, à l'endroit des biens dotaux, ne cesserait pas d'être telle que nous l'indiquions tout à l'heure.

Si la dissolution du mariage était amenée par le décès de la femme, la position des créanciers serait pire, après cette dissolution, que pendant le mariage. L'impossibilité d'exécuter la contrainte leur enleverait tout

espoir de déterminer leur paiement par l'aliénation des biens volontaire ou judiciaire.

195. — Mais la femme ou ses héritiers ne sont pas tenus d'user du droit que leur confère la loi. Ils peuvent sans doute conserver les biens et ne pas payer les dettes, mais ils sont libres de suivre une marche contraire. La veuve peut ratifier la dette, la garantir ou l'hypothéquer sur tous ses biens. Ses héritiers ont le même droit. La reconnaissance réalisée, cette dette serait purgée du vice qu'elle puisait dans son origine. L'auteur de cette reconnaissance perdrait donc tout pouvoir de se soustraire au paiement.

L'admissibilité de la ratification expresse entraîne celle de la ratification tacite. L'exécution que la femme ou ses héritiers aurait donnée, telle que le renouvellement du titre depuis la dissolution du mariage, rendrait ce titre irréprochable dans l'avenir, et les contraindrait à en opérer le paiement. A plus forte raison ne pourraient-ils revenir contre le paiement qu'ils en auraient réalisé.

TITRE II.

Des Livres de Commerce.

ARTICLE 8.

Tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paie, à quelque titre que ce soit; et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison, le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie.

ARTICLE 9.

Il est tenu de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné.

SOMMAIRE.

196. — Après avoir établi ce qu'était le commerçant et de quelle manière on le devient, le législateur a dû s'occuper des obligations que l'intérêt général, comme l'intérêt privé, devait faire imposer à ceux qui ont revêtu cette qualité. La première, celle qui est inhérente à la profession, est le paiement de la patente, imposé par la législation de mai 1791.

Son caractère purement fiscal dispensait le Code de commerce de s'en occuper. C'est là une affaire particulière entre le commerçant et le fisc, et l'on pouvait s'en rapporter à ses agents pour tout ce qui la concerne. On ne pouvait donc la confondre avec les règles à prescrire pour l'exécution du commerce ou de l'industrie. D'ailleurs la patente, nous l'avons déjà dit, ne constitue pas le négociant. Des lois spéciales énumèrent les professions qui y sont soumises. Leur exécution se trouve naturellement recommandée au trésor, qui y est le principal intéressé.

197. — La tenue de livres et écritures offrait bien de son côté un caractère de spécialité pour l'intérêt privé du commerçant qu'elle a pour but de protéger et de défendre. Mais en veillant au succès de cet intérêt,

on développait les chances de prospérité des maisons de commerce; on raffermissait le crédit public. S'occuper de cette tenue, c'était donc entrer visceralement dans le devoir, dans la mission que l'intérêt général impose au législateur.

C'est ce que notre Code fait dans le titre que nous abordons. Nous pouvons, avant d'entrer dans les développements qu'il comporte, en résumer l'économie dans cette proposition. Les livres sont utiles au négociant à chaque pas qu'il fait dans son commerce, il faut donc que leur tenue régulière trouve un encouragement dans son intérêt personnel; mais cette tenue n'importe pas moins au public, il est donc juste de la consacrer par une sanction de nature à en assurer la loyale exécution.

Ce double caractère, la commission chargée de préparer le projet du Code, le faisait énergiquement ressortir. « La conscience du commerçant, disait-elle, est écrite dans ses livres; c'est là qu'il consigne toutes ses actions; ils sont pour lui une sorte de garantie; c'est par ses livres qu'il se rend compte du résultat de ses travaux; lorsqu'il a recours à l'autorité du magistrat, c'est à sa conscience qu'il s'adresse, c'est à ses livres qu'il s'en remet. Si la loi admet ce titre en sa faveur, il faut qu'elle en assure la légitimité; les précautions qu'elle prend pour lui donner toute l'authenticité qu'il peut avoir sont à l'avantage du commerçant.

« Les transactions du commerce se succèdent et se multiplient avec une si grande rapidité, qu'elles ne laissent souvent aucune trace qui puisse les caractériser. Lorsqu'il s'élève des contestations, il faut que la cons-

cience du juge soit éclaircie ; c'est alors que les livres sont nécessaires, puisqu'ils sont les seuls confidents des actions du commerçant.

« Lorsque des revers réduisent un commerçant à implorer la clémence de ses créanciers, c'est par ses livres qu'il justifie sa conduite ; c'est dans ses livres qu'ils peuvent trouver les traces de ses malversations ou les preuves de son innocence. »

198. — La tenue de livres est évidemment une de ces institutions que le législateur peut réglementer mais qu'il ne crée pas. Son utilité, disons mieux, son indispensable nécessité a dû la rendre usuelle avant qu'aucune prescription l'imposât comme obligatoire en certain cas, et dans des positions déterminées. Quel est le père de famille, jaloux de se conduire avec ordre et prudence, qui n'a cherché dans tous les temps à se rendre raison de ses affaires au moyen de registres constatant ses ressources, ses obligations et les résultats de son administration ? A plus forte raison est-il permis de supposer qu'il en était de même des commerçants pour lesquels la multiplicité d'affaires rend le secours de l'écriture plus indispensable encore.

199. — Il n'est pas de législation qui ne vienne confirmer cette induction, car toutes se sont plus ou moins occupées de l'existence de livres ou registres domestiques, de la foi qui devait leur être accordée. Chez les Romains notamment, leur tenue offrait un ca-

ractère commercial. Le père de famille ouvrait à chacun de ceux avec qui il était en relation un compte courant, mentionnant d'un côté l'actif, *acceptum*, de l'autre le passif, *expensum*, d'où sans doute la qualification de *nomina*, que ces registres avaient reçu.

A côté de celui-ci, qu'on appelait *nomina transcriptia*, existait le livre de caisse, *nomina arcaria*. Ce qui les distinguait, c'est que l'inscription sur le premier constituait l'obligation, tandis que l'inscription sur le dernier n'était que la conséquence de l'obligation déjà existante et résultant de la numération de l'argent. Cest ce qui faisait dire à Gaius : *Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis facto testimonium præbere.* [1]

L'avantage que présente le compte courant en a recommandé la forme même aux simples particuliers désireux de juger d'un seul coup d'œil leur véritable situation. Nous pourrions citer des propriétaires qui sont parvenus à introduire un ordre admirable dans leur fortune, dans l'exploitation de leurs propriétés, en en personnifiant en quelque sorte les diverses parties ayant chacune sa comptabilité distincte. Dans leur registre, la bergerie, les vignes, les vergers, les prairies, les terres à blé viennent inscrire, au débit, les dépenses qu'elles occasionnent, au crédit, les produits qu'elles rendent. Le solde de ces divers comptes établit d'une manière certaine et naturelle le résultat général de l'opération.

[1] *Inst. comm.* 3, § 131.

ler l'une, feront rétracter l'autre, à savoir, la preuve qu'en réalité la vente n'a pas eu cet objet.

186. — Dans ce dernier cas, la preuve est tout entière dans la destination donnée au prix retiré de la vente. Il est certain que si ce prix n'a pas été versé dans le commerce, la vente n'aura pas été faite dans l'intérêt de ce commerce. Mais suffira-t-il à la femme ou au mari poursuivant la nullité de prouver, en fait, la non-réalité de cette destination?

L'affirmative conduirait, dans certains cas, à une révoltante iniquité. Elle pourrait devenir pour les époux un trop énergique moyen de fraude, pour qu'on hésite à la proscrire.

Notons bien que, dans les prévisions de la loi, la faculté d'aliéner n'a pas été considérée, comme pour le mineur, au point de vue d'une nécessité déterminée par des besoins urgents, par un arriéré à combler. Dans un cas de ce genre, l'acquéreur pourrait à la rigueur, et par surcroît de précautions, exiger le paiement actuel des factures ou titres en retard, demander la remise des titres acquittés et se ménager ainsi la preuve d'une libération acquise au moyen des fonds par lui versés.

Mais la femme peut aliéner sans besoin urgent, sans autre motif que celui de donner à son commerce actuel une plus grande étendue. La loi l'y autorise d'une manière générale et sans restriction; il n'apparaît pas même de son esprit qu'elle ait entendu en opposer la moindre. De là, pour les tiers acquéreurs, la nécessité d'accepter comme vraie la volonté indiquée par elle, et

202. — Le titre 3 fut consacré à réglementer l'obligation imposée pour l'avenir, à indiquer les livres qu'on entendait exiger, à déterminer les formes qu'ils devaient offrir. Il résulte de ses dispositions : Que les négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, auront un livre qui contiendra tout leur négoce, leurs lettres de change, leurs dettes actives et passives, et les deniers employés à la dépense de leur maison ; [1]

Que ce livre sera signé sur le premier et dernier feuillet par l'un des consuls, dans les villes où il y a juridiction consulaire, et, dans les autres, par le maire ou l'un des échevins, sans frais ni droits, et les feuillets paraphés et cotés par premier et dernier de la main de ceux qui auront été commis par les consul, maire ou échevin, dont il sera fait mention au premier feuillet; [2]

Que ce livre serait écrit d'une même suite par ordre de dates, sans aucun blanc, arrêté en chaque chapitre et à la fin, et ne sera rien écrit aux marges; [3]

Un arrêt du conseil, du 3 avril 1674, avait ordonné d'écrire le livre journal sur papier timbré, mais, au témoignage de Jousse, cette disposition, dont la violation devait entraîner la nullité du journal et une amende de mille livres, n'avait pas tardé à tomber en désuétude.

Aux termes des articles 7 et 8, les commerçants étaient en outre tenus de mettre en liasse les lettres missives qu'ils recevaient, et en registre la copie de

[1] Art. 1er.
[2] Art. 3.
[3] Art. 5.

celles qu'ils écrivaient; de renouveler chaque deux ans l'inventaire de leurs effets mobiliers et immobiliers, de leurs dettes actives et passives, qu'il leur était prescrit de rédiger dans les six mois de l'ordonnance.

Tel est l'ensemble des précautions que prit le législateur de 1673 pour maintenir les commerçants dans la voie de la délicatesse et de la loyauté qu'exige leur importante et honorable profession. Sans doute l'intérêt général y avait la plus grande part, mais elles n'étaient pas sans utilité réelle pour l'intérêt privé, car leur accomplissement était de nature à inspirer des habitudes d'ordre, d'économie et de prudence. Le commerçant, dit Savary, dont les livres contiennent toutes les affaires en aura une plus grande connaissance, et par conséquent négociera plus prudemment en l'achat et en la vente de ses marchandises; il connaîtra ce qu'il doit, ce qui lui est dû, la dépense qu'il fera chaque année; et s'il trouve en avoir fait de superflue une année, il retranchera la suivante.[1]

203.—Le Code de commerce s'est approprié les errements de l'ordonnance de 1673. L'article 8 prescrit la tenue du livre journal, l'obligation de mettre en liasse les lettres missives que le commercant reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. L'article 9 exige que, tous les ans, il rédige un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, de ses dettes actives et passives, et de le copier année par année sur un registre

[1] *Ibid.*, p. 292.

spécial à ce destiné. Le Code n'a donc innové sur l'ordonnance qu'en ce qu'il rend obligatoires trois livres, là où celle-ci n'en exigeait qu'un.

204. — L'obligation de tenir des livres est donc encore strictement imposée à tout commerçant. Toutefois, comme il n'y a pas de règle sans exception, celle-ci en souffre quelques-unes, malgré les termes généraux du Code.

Néanmoins, ces exceptions ne pourraient naître de considérations personnelles au commerçant, alors même qu'il prouverait avoir été physiquement dans l'impossibilité de vaquer à ce soin. Nous admettons donc, avec la Cour de Caen, que celui qui ne sait ni lire ni écrire n'est pas dispensé de tenir des livres.[1] La loi, en effet, n'exige pas que les livres soient écrits de la main du commerçant. Celui qui est dans l'impossibilité de les tenir lui-même doit confier ce soin à un employé ou commis capable de s'en acquitter, alors surtout que l'importance de ses affaires le comporte et l'exige.

Mais si l'industrie exercée est réduite à des proportions telles que l'emploi d'un teneur de livres dût en absorber les bénéfices, si par sa nature elle exigeait des déplacements continuels, il ne serait ni rationnel ni juste de soumettre le commerçant à une obligation évidemment onéreuse ou même presque impraticable. Dans ce cas, une exception est légitime et naturelle. C'est ce que la Cour de cassation a consacré en refu-

[1] 21 février 1820.

sant d'appliquer les peines de la banqueroute pour absence de livres, notamment à de simples marchands colporteurs.

Ainsi l'exception ne saurait être accordée que lorsqu'elle se fonde sur des motifs tirés du peu d'importance réelle du commerce. Mais quelle que soit la position sociale du négociant, qu'il soit ou non capable de tenir ses écritures, rien ne saurait le délier de l'obligation qu'en fait la loi, si le commerce par lui exercé a une importance réelle et incontestable.

205. — Les divers objets que s'est proposé le législateur dans les articles 8 et 9 rendent raison de leurs dispositions. Le commerçant pourra vouloir exciper de ses livres pour justifier les demandes qu'il introduira en justice, ou pour repousser celles qui seront dirigées contre lui. En cas de faillite, c'est encore à l'aide de ses livres qu'il voudra justifier les malheurs et les pertes dont il excipe et prouver sa bonne foi. Tout cela, évidemment, exigeait d'abord qu'il eût des livres, ensuite que la manière régulière et loyale dont ils auront été tenus puisse garantir la véracité et la loyauté de leurs énonciations. Or, ce caractère ne saurait résulter que de la franche exécution de la loi.

L'ensemble des écritures d'un commerçant doit donc offrir toutes les notions à l'aide desquelles on pourra juger son administration, rendre compte de toutes les ressources dont il a pu disposer, et de l'emploi qu'il en a fait. A ce titre, l'article 8 exige que le livre journal présente, jour par jour, les dettes actives et passives,

les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations et endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit.

La généralité de ces dernières expressions, succèdant à des spécialités qui, dans leur ensemble, constituent à leur tour une véritable généralité, ne permet pas le doute sur l'intention de la loi. Ce que doit renfermer le livre journal, ce n'est pas seulement le détail des opérations relatives au commerce, c'est le tableau complet de la position du négociant et la relation de tout ce qui se réfère à ses ressources pécuniaires, à sa fortune. Ainsi on ne devrait pas distinguer dans les dettes actives et passives, elles doivent être inscrites au journal, alors même qu'elles résulteraient d'actes notariés et de causes étrangères à son commerce.

Il en serait de même des recettes. Il ne faut pas que le commerçant puisse en dissimuler aucune pour s'affranchir de l'obligation d'en justifier l'emploi. Aussi la discussion au conseil d'État prouve que son obligation à cet égard comprend la mention de la dot qu'il aurait reçue de sa femme, et celle de ce qui lui serait obvenu du chef de celle-ci, ou de son propre chef, par succession, donation ou autrement.

Telle était au reste la doctrine que la jurisprudence avait induit de l'ordonnance de 1673, malgré que ces termes fussent moins généraux que ceux du Code, malgré qu'elle ne parlât que des lettres de change, ce qui semblait exclure les simples billets. Savary cite notamment un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 22 juillet 1688, jugeant qu'un marchand est obligé de re-

présenter ses livres pour justifier la vérité de sa créance, quoiqu'il ait pour titre une reconnaissance passée devant notaire. On n'eût certes pas décidé ainsi si l'obligation d'inscrire ces sortes de créance sur le livre journal n'avait été admise.

La Cour de cassation a jugé de plus que l'obligation imposée par l'article 8 d'inscrire tout ce que le commerçant reçoit ou paie, à quelque titre que ce soit, comprenait les recettes faites pour le compte de tiers dont il serait mandataire. En conséquence, elle décide que le silence des livres, relativement au prix de la vente de marchandises appartenant à un tiers, doit être regardé comme un défaut absolu de justification, autorisant les tribunaux à se décider d'après les documents qui leur sont fournis par le mandant. [1]

206. — L'obligation que fait l'article 8 d'inscrire toutes les opérations du commerce, tout ce que le négociant reçoit et paie chaque jour, doit être sainement entendue et se régler sur la nature et le genre du commerce. Ainsi le marchand en gros peut bien inscrire une à une chaque opération qu'il réalise, le banquier les négociations qu'il opère, mais astreindre le détaillant à cette forme, ce serait le condamner à l'impossible, et rendre la loi inexécutable.

Pour celui-ci donc il y aura accomplissement de son obligation légale, si, jour par jour, il porte sur son jour-

[1] 24 décembre 1835.

nal le total de la recette qu'il a opérée dans la journée, soit au comptant, soit à terme.[1]

Par une juste application de cette règle, la Cour de Lyon a jugé, le 23 août 1825, que la fabrication des armes se composant d'objets très minutieux, confectionnés par un très grand nombre d'ouvriers, il est impossible que les fabricants tiennent des livres d'entrée et de sortie de ces objets, de telle sorte qu'on ne peut, dans une contestation, se prévaloir contre eux de ce qu'ils sont hors d'état de représenter ces sortes de livres. Le pourvoi dont cet arrêt avait été l'objet fut repoussé par la Cour de cassation, le 18 décembre 1827.

Ces premières prescriptions de l'article 8 se réfèrent autant à l'intérêt privé des commerçants qu'à celui de leurs créanciers et de la vindicte publique. D'une part, en effet, elles auront pour résultat d'éclairer la conscience du juge sur les litiges qui lui seront soumis; de l'autre, de fournir les moyens de contrôler la conduite du débiteur, quant aux fraudes dont la faillite pourrait faire soupçonner l'existence.

207. — C'est plus particulièrement à ce dernier point de vue que se rapporte l'obligation d'inscrire mois par mois, sur le journal, les sommes employées à la dépense de sa maison. Le commerçant, qui opère en général avec les fonds d'autrui, ne doit pas se livrer à des dépenses folles ou exagérées. Son premier devoir est de faire régner dans ses dépenses personnelles, dans

[1] Pardessus, n° 86.

celles de sa famille, cette intelligente économie qui n'exclut pas le bien-être, tout en se gardant de toute prodigalité.

L'utilité de la mention mensuelle de la dépense se révèle surtout à l'endroit d'un abus que la discussion législative de la loi sur les faillites nous apprend avoir été exploité sur une vaste échelle. Un commerçant embarrassé de justifier la perte, souvent imaginaire, qu'il prétendait avoir éprouvée, portait dans son bilan une somme fort considérable, qu'il attribuait en bloc à la dépense de sa maison, ce qui, comme s'en plaignaient divers tribunaux de commerce, donnait à celle-ci une proportion annuelle de dix, de quinze et même de vingt mille francs. Cet abus, l'exécution franche de l'article 8 le fait disparaître, ou tout au moins l'atténue singulièrement. L'énonciation mensuelle faite au journal, à une époque où la faillite n'était ni prochaine ni prévue, sera pure de toute exagération, à moins qu'il ne fût démontré : ou que le commerçant a toujours agi en prévision de son événement, et pour se ménager le moyen de s'attribuer une partie de son actif ; ou que le livre qu'il représente a été fabriqué après coup et depuis sa déconfiture.

D'ailleurs, l'article 586 complète par une énergique sanction le devoir que l'article 8 a fait relativement à la dépense du commerçant. Celui dont la dépense aura été jugée excessive *sera* poursuivi *comme* banqueroutier simple et pourra être déclaré tel. La poursuite est donc forcée, et sans nul doute les tribunaux ne tolèreraient plus un abus qui a vivement préoccupé le législateur, et avant lui le commerce lui-même.

208. — Le second paragraphe de l'article 8 prescrit au commerçant de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier, sur un registre, celles qu'il envoie. L'importance de la correspondance dans les litiges commerciaux ne saurait être méconnue. C'est elle bien souvent qui en procurera la solution, en fixant le caractère réel de l'opération, et les conditions proposées et acceptées. Les lettres reçues deviennent le contrôle le plus décisif des copies de lettres dont on pourrait exciper, celles-ci, à leur tour, offrent le moyen le plus naturel de suppléer au refus que ferait l'une des parties de produire des lettres que l'autre prétendrait lui avoir envoyées; elles servent de plus à rappeler sans cesse à leur auteur les circonstances de l'opération dont il ne pourrait guère se souvenir, si un laps de temps quelconque s'était écoulé depuis.

D'ailleurs, si les livres ordinaires constatent l'opération, ils sont muets sur le mode d'exécution qui a été suivi. Cependant ce mode deviendra presque exclusivement l'objet du litige. C'est donc à la correspondance qu'on sera réduit à demander la nature de l'ordre, les modifications qu'il a subies, l'approbation, plus ou moins explicite, donnée à son exécution. C'est donc avec infiniment de raison que la loi exige la conservation des lettres reçues et la copie de celles écrites. C'est là un moyen de justifier les indications contenues au journal. C'est là un secours indispensable, surtout entre le commissionnaire et son commettant.

L'obligation de garder copie des lettres qu'on écrit s'applique même à celles que les commerçants d'une

même place s'envoient réciproquement. C'est ce que la Cour de Bordeaux a consacré en jugeant, le 18 mai 1829, qu'à défaut de transcription sur le livre copie de lettres, les lettres émanées de négociants domiciliés sur la même place ne peuvent être opposées à des tiers, ni faire aucune foi à leur égard, quelque général que soit l'usage des négociants de ne point copier ces lettres.

M. Pardessus rappelle, et loue avec juste raison, l'usage pratiqué par plusieurs maisons de commerce de conserver non-seulement les factures, qui font en quelque sorte partie de la correspondance, mais encore tous les billets, lettres de change et mandats qu'elles acquittent. Cette précaution, dit M. Pardessus, est dans l'esprit de la loi. Il ne suffit pas toujours, en effet, d'avoir des livres régulièrement tenus, il faut encore que les pièces originales en justifient l'exactitude. C'est d'après les récépissés, les comptes d'achat et de vente, les factures, les lettres de change et billets acquittés, etc..., autant que d'après leur correspondance, que les commerçants passent écritures. [1]

209. — Un des premiers et des plus indispensables éléments de tout commerce, est pour le négociant la connaissance exacte de sa situation. L'ordre dans son administration est à ce prix, puisque ce n'est qu'à l'aide de cette connaissance qu'il saura ce qu'il peut se permettre, ce qu'il doit éviter.

C'est dans ce but que l'ordonnance de 1673 lui en

[1] N° 89.

imposait le moyen, en prescrivant l'obligation d'un inventaire devant être récolé et renouvelé tous les deux ans. La législation n'était en cela que l'écho d'une doctrine s'étayant d'une pratique constante chez les commerçants les plus honorables.

J'ai vu, dit Savary, des marchands qui faisaient toutes les années pour quatre à cinq cent mille livres d'affaires, qui n'ont jamais manqué de faire leurs inventaires tous les ans. Aussi ont-ils heureusement conduit leur commerce à bon port et laissé du bien considérablement à leurs enfants.

Favorable au développement du commerce, l'inventaire n'est pas moins utile lorsqu'il faut, au moment de le faillite, s'éclairer sur la consistance de l'actif déclaré et sur la bonne ou mauvaise foi du débiteur. C'est par le rapprochement des déclarations avec les indications de l'inventaire qu'on est à même de découvrir si le failli a ou non détourné une partie de ses ressources.

Aussi le Code, s'associant à la pensée intelligente de son devancier, l'a non-seulement consacrée, mais encore notablement améliorée, d'abord en prescrivant un inventaire annuel, ensuite en en rendant la transcription sur un registre spécial, obligatoire. En effet, permettre son existence sur des feuilles détachées que le commerçant pouvait égarer ou soustraire, c'était livrer l'exécution de la loi à la libre volonté de celui-ci et se priver du secours qu'on s'en promettait en cas de faillite.

Dans l'esprit de la loi comme dans son texte, cet inventaire est dispensé de toutes les formes prescrites à

ces actes, il n'exige pas même le concours d'un homme de l'art, ou d'un officier ministériel. Le commerçant le rédige seul et sous seing privé. C'est en effet bien moins la valeur que la consistance matérielle des objets que la loi recherche, puisque cette valeur est naturellement indiquée d'une part par le prix de facture, de l'autre par le cours actuel de la marchandise.

210. — Aussi n'est-ce pas à ce qui est relatif à celle-ci que doit se borner le commerçant. Son inventaire doit être un résumé exact et complet de son état de situation. Il doit donc nécessairement comprendre l'universalité de l'actif et du passif, de ses facultés mobilières et immobilières, des revenus et des charges, en un mot tout ce qui est relatif à sa fortune, sans distinction de ce qui concerne spécialement ou non son commerce.

L'inventaire ainsi fait a pour premier résultat d'éclairer le commerçant sur sa situation, il voit le bénéfice qu'il a réalisé, les pertes qu'il éprouve, les ressources qui lui restent. Il est donc à même de juger s'il peut ou doit continuer le commerce. Si les ressources sont devenues insuffisantes, si les pertes absorbent ou dépassent son capital, il doit liquider. La raison le lui conseille, la loi l'exige. Le commerce qu'il continuerait en cet état, et qui le conduit fatalement à la faillite, n'est plus qu'un abus, souvent même qu'une fraude dont on pourra lui demander un compte sévère.

Il n'est pas douteux, de plus, que, chargé de l'actif qu'il aurait lui-même indiqué dans son inventaire, le

commerçant ne dût, dans la même hypothèse, en justifier l'emploi, sous peine d'une présomption de soustraction, et conséquemment d'une poursuite en banqueroute frauduleuse.

Le livre des inventaires est donc un des éléments les plus essentiels pour l'appréciation de la conduite du commerçant, il est même le seul de nature à mettre sur la voie de la destination réelle de l'actif, puisque chaque inventaire postérieur devra rendre raison des constatations contenues dans le précédent. Il était donc indispensable d'en rendre la tenue obligatoire pour prévenir toute solution de continuité que la fraude voudrait exploiter après l'avoir occasionnée.

211. — Prescrire obligatoirement la tenue de tel ou tel registre, c'était contracter l'obligation d'attacher une sanction pénale à la violation de la loi. Ce devoir, le législateur de 1673 l'avait trop énergiquement rempli. Aux termes de l'article 11 du titre II de l'ordonnance, les négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, et les banquiers qui, lors de leur faillite, ne représenteront pas leurs registres et journaux signés et paraphés, comme il est ordonné ci-dessus, pourront être réputés banqueroutiers frauduleux. Or, la banqueroute frauduleuse était punie de mort.

On comprend qu'en présence d'un pareil résultat la justice ne se montrât pas facile à user de la faculté qui lui était conférée. Aussi, au dire de Jousse, un négociant qui aurait été assez négligent pour ne pas tenir de livres, ou du moins qui les aurait tenus sur des feuilles

volantes, ne serait pas réputé banqueroutier frauduleux, dès qu'il représenterait ces feuilles volantes.

212. — La sanction pénale du Code de commerce est plus humaine, et par cela même de nature à offrir une plus grande efficacité. La soustraction des livres constitue seule, aujourd'hui, la banqueroute frauduleuse. Mais, aux termes de l'article 586, peuvent être déclarés banqueroutiers simples ceux qui n'ont pas tenu de livres et fait exactement leur inventaire; ou dont les livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus; ou n'offrent pas leur véritable situation active ou passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

Ainsi la violation matérielle des obligations imposées par les articles 8, 9, 10 et 11, alors même qu'elle exclut toute idée de fraude, peut constituer la banqueroute simple. Il est dans l'esprit de la loi que la justice use de la latitude qui lui est laissée, car, d'une part, il ne faut pas que les prescriptions, à l'endroit des livres, puissent être impunément violées, et que, de l'autre, l'article 463 du Code pénal permet, dans tous les cas, de graduer la peine à l'importance de l'infraction. L'impunité absolue conduirait à ce fâcheux résultat que les garanties que la loi a voulu assurer à l'intérêt public s'effaceraient complètement, et que la tenue des livres deviendrait bientôt ce qu'elle était avant 1673, c'est à dire purement facultative.

213. — En résumé, tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal, un registre copie de lettres, un re-

gistre d'inventaire. La destination de chacun d'eux est nettement indiquée. Le commerçant n'a donc rempli son obligation que lorsqu'il a exactement accompli les prescriptions de la loi sous ce double rapport.

Ces prescriptions sont absolues et s'appliquent à tous les commerçants indistinctement. Mais elles ne dispensent pas ceux qui exercent certaines professions de l'exécution des lois et règlements qui les obligent à avoir de registres particuliers. Tels sont notamment, d'après l'article 102 du Code de commerce, les commissionnaires de transports; d'après l'article 1785 du Code Napoléon, les entrepreneurs de voitures publiques; d'après l'article 411 du Code pénal, ceux qui tiennent une maison de prêts. Réciproquement la tenue de ces registres spéciaux met ces individus en règle pour ce qui concerne les obligations que les lois ou règlements particuliers leur imposent, mais ne les exempte pas de celles que le Code de commerce prononce en cas d'infraction aux articles 8 et suivants.

214. — Il est de plus évident que le Code de commerce, en restreignant l'obligation des commerçants au livre journal, au copie de lettres et au registre d'inventaire, n'a pas entendu leur prohiber toute autre écriture. Cela résulte expressément de ces expressions de l'article 8 : *Le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce.*

Seulement ces livres ne sont pas indispensables. Emanations du livre journal, ils n'ont pour objet que de

faciliter la gestion, en présentant le résultat des divers détails dont celui-ci renferme l'ensemble.

215. — En effet, pour arriver à connaître sa position exacte, le commerçant, au lieu de se mettre chaque fois en opposition, comme créditeur ou débiteur, avec ceux à qui il paie, ou de qui il reçoit, se fait représenter par les divers objets dont sa fortune et son commerce se composent. Il appelle *capital*, tout ce qu'il possède en objets autres qu'argent et titres; *caisse*, l'argent effectif qui fait partie de ce capital; *effets à recevoir*, les lettres de change et les valeurs qu'il a dans son portefeuille ou qu'on lui remet; *effets à payer*, les engagements qu'il a souscrits et qu'il doit acquitter à leur échéance; *marchandises générales*, celles qu'il possède, qu'il achète ou qu'il vend, et quelquefois il les subdivise en désignant chacune par son nom; mobilier, ses meubles et objets de nature mobilière qui ne peuvent être considérés comme marchandises; *ustensiles de commerce*, les comptoirs et autres objets d'usage; *biens fonds*, ses maisons, terres et autres immeubles; *frais généraux*, les loyers, impositions, etc., et toutes les dépenses relatives à son commerce; *dépenses de ménage*, ce que lui coûte l'entretien de sa famille; *profits et pertes*, les bénéfices qu'il peut faire, et les pertes qu'il peut éprouver. Daus cet état de choses la balance qu'il établit de chacune des situations où il est ainsi représenté lui fait connaître tous les détails de sa position active et passive, et par suite l'ensemble de ses affaires.

216. — Pour quelques-uns de ces articles, le commerçant se borne à ouvrir sur un grand livre un compte spécial dont le crédit et le débit se balancent. Pour d'autres, au contraire, il tient des livres particuliers, ce sont ceux qu'on qualifie d'auxiliaires. Ces livres sont :

1° Le livre de caisse. La caisse reçoit et paye chaque jour, elle est débitée de la recette et créditée de la dépense. Ce livre n'est dans ses diverses indications que la répétition du journal, mais son utilité se révèle par son objet. Il offre d'un seul coup d'œil l'état de la caisse qu'on ne pourait connaître, sans lui, qu'après de nombreuses investigations sur le livre journal.

Cet avantage incontestable avait paru devoir en rendre la tenue obligatoire, M. Treillard en fit même la proposition expresse au conseil d'Etat.

On répondit qu'en général il n'y avait que les grandes maisons qui aient besoin d'un livre de caisse ; que les petites n'en tiennent pas.

Que l'obligation de le faire serait, à l'égard des unes et des autres dangereuse et inutile.

Dangereuse, parce que la loi réputant banqueroutier simple tout négociant qui n'a pas tenu les livres que la loi l'oblige de tenir, ou dont les livres ne sont pas en règle, le moindre oubli sur le livre de caisse pourrait lui faire appliquer injustement cette qualification.

Inutile, parce que le livre de caisse n'est qu'un extrait du livre brouillard, et que ce dernier contient tous les paiements et toutes les rentrées faites chaque jour par le négociant.

M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély poursuivait : « Le marchand a également d'autres registres renfermant le relevé partiel de son livre journal, mais la section a pensé qu'il ne fallait faire porter l'obligation que sur le livre journal, c'est-à-dire sur le livre général, qui présente l'universalité des opérations, et qui est indispensable dans toutes les maisons de commerce. »

Sur ces observations et sur celles présentées dans le même sens par MM. Cretet et Bégouen, M. Treillard retira sa proposition.[1]

On voit dans la citation qui précède, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély qualifier indifféremment le livre prescrit par l'article 8 de livre brouillard et de livre journal. C'est une confusion dans laquelle on tombe assez souvent et dont on doit se garder. Le brouillard est en quelque sorte le projet du journal, mais n'est pas le journal lui-même. C'est un cahier de papier sur lequel le commerçant jette une à une ses opérations, pour les transporter ensuite, à tête reposée, sur le journal. Cela surtout se réalise dans les maisons qui n'ont leur teneur de livres qu'à de certaines heures. Il résulte que le brouillard, qui ne saurait jamais remplacer le journal, peut devenir pour celui-ci un utile moyen de contrôle.

2° Le grand livre. Ce livre, ordinairement tenu par ordre alphabétique, ne contient qu'une série de comptes courants, ouverts à chacun de ceux avec lesquels le commerçant est en rélation. C'est dans ses colonnes

[1] Séance du 13 janvier 1807.

que prennent place les divers articles dont nous nous occupions tout à l'heure, et par lesquels le commerçant représente sa situation. Ce livre, par l'ordre même dans lequel il est tenu, n'offre aucune garantie sérieuse, il ne serait rien sans le livre journal, dont il facilite l'usage.

3° Le livre des traites et billets. Il sert à l'inscription de tous les effets négociables entrant ou sortant. Au moyen de ces indications, il est facile de remonter à travers les diverses transmissions jusqu'à l'origine du billet ou de la lettre de change, et de les rétablir en cas de perte, non-seulement à leur date, mais encore avec les noms des souscripteurs, accepteurs ou endosseurs.

4° Le livre d'achats et ventes. Ce livre sert à la transcription des factures que le commerçant retire lors de ses achats ou qu'il délivre lui-même lorsqu'il vend. Son objet spécial est de procurer le moyen de connaître sans cesse l'importance des unes ou des autres, sans être obligé de se livrer au dépouillement des liasses de factures ou à une pénible recherche dans le journal.

5° Le livre d'échéance. C'est celui sur lequel le commerçant inscrit les sommes à payer et l'époque précise de chaque paiement. Il est indispensable pour empêcher que le retard causé par une erreur, un oubli, ou une négligence n'amene un protêt funeste pour le crédit du commerçant.

6° Le livre d'entrée et de sortie du magasin. Ce livre est surtout utile pour les fabricants travaillant soit sur la matière qu'ils achètent soit sur celle qui leur est fournie. La balance de la marchandise entrée et de celle sortie indique celle restant en magasin, et avertit au

besoin le commerçant de se livrer à de nouveaux achats ou à suspendre ceux entrepris.

Ce livre est remplacé, dans de certaines industries, par le livre des numéros, atteignant au même résultat. Ce dernier consiste à diviser chaque nature ou chaque espèce de marchandises en fractions recevant un numéro spécial, auquel on ouvre un compte distinct. On débite chaque numéro de la quantité qu'il comporte au moment de l'achat, on le crédite au fur et à mesure des ventes des quantités sur lesquelles les ventes portent. En balançant les unes et les autres, le commerçant connaît d'une manière certaine ce qui lui reste de chaque numéro.

7° Le livre des frais généraux. Ce livre se distingue des autres en ce que, au lieu d'être la copie du journal, il en est la souche. Les frais généraux peuvent se composer d'articles tellement minimes qu'il serait impossible de les porter un à un sur le journal sans multiplier les écritures au-delà de toutes proportions. En conséquence, ils sont écrits jour par jour sur un registre, arrêtés chaque semaine au plus tard suivant le cas, et le total inscrit sur le journal.

8° Le livre ou compte de profits et pertes. Les commerçants ne procèdent pas tous, à cet égard, d'une manière uniforme. Les uns ont un livre spécial, d'autres se contentent d'ouvrir un compte sur le grand livre. Livre ou compte, sa destination exclusive est de renfermer d'un côté le bénéfice, de l'autre les pertes, et de concourir ainsi à éclairer le négociant sur sa situation, et à le fixer sur les résultats de son commerce.

Comme on le voit, ces livres ne sont que des rameaux divers partant d'une souche commune, le livre journal. Ils ne font que séparer des opérations que celui-ci confond nécessairement, puisqu'il doit sans distinction les inscrire par ordre de date et à mesure qu'elles se réalisent. Ils sont donc utiles par l'ordre qu'ils mettent dans les écritures et par les facilités qu'ils offrent au commerçant, mais ils ne sont pas indispensables, le journal les supplée tous, ils ne sauraient le remplacer. En cas de contradiction dans leurs indications respectives, c'est le journal qui serait préféré.

217. — La loi, en tolérant les livres auxiliaires, a par cela même autorisé le commerçant à les invoquer, mais ce recours n'est légal qu'en tant qu'il a pour objet de renforcer les indications du journal. Evidemment la production de celui-ci rendrait non-recevable la prétention tendant à contraindre la représentation de ceux-là, mais, à défaut de cette production, le commerçant ne saurait être admis à la remplacer par celle de ses livres auxiliaires, quelque réguliers qu'ils fussent d'ailleurs.

218. — Il est une seule hypothèse où l'on pourrait admettre le contraire, à savoir, s'il était établi que le journal a péri par une circonstance majeure indépendante de la volonté du commerçant. L'équité commanderait alors d'admettre à l'appui de sa demande tous les documents qui auraient survécu au naufrage, et conséquemment les livres auxiliaires.

219. — La tenue des écritures commerciales est un art qu'il n'est pas donné à tout le monde de connaître et d'exercer. La tenue en parties doubles surtout qui, comme l'observe M. Pardessus, est la plus sûre et la plus exacte, exige des connaissances spéciales qu'on ne trouve pas même chez des négociants très honorables. Mais la loi ne l'exige pas. Pourvu qu'il existe un livre journal remplissant les conditions ci-dessus exposées; pourvu que le livre des inventaires soit fidèlement tenus, et que le copie de lettres soit le miroir loyal de la correspondance, ses exigences, sous ce premier rapport, sont pleinement exécutées, et le commerçant est irréprochable s'il a, d'ailleurs, obéi aux prescriptions des articles suivants.

—

ARTICLE 10.

Le livre journal et le livre des inventaires seront paraphés et visés une fois par année.
Le livre de copie de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.
Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge.

ARTICLE 11.

Les livres dont la tenue est ordonnée par les art. 8 et 9 ci-dessus, seront cotés, paraphés et visés,

soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais. Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans.

SOMMAIRE.

220. Nécessité et objet des formalités prescrites pour l'authenticité des livres. Inexécution dont l'ordonnance de 1673 avait été suivie à cet endroit.
221. Importance de cette circonstance pour faire juger de l'intention du nouveau législateur.
222. Preuve de la volonté de contraindre l'exécution littérale de ses dispositions.
223. Résistance du commerce, son irrationnalité, surtout depuis la loi du 20 juillet 1837.
224. Objet et caractère de celle-ci.
225. Les livres obligatoirement prescrits doivent être visés, cotés et paraphés. Débat que fit surgir l'intervention du maire ou adjoint. Son caractère.
226. Objet de ces premières formalités.
227. Pour quel motif le législateur a soumis au visa annuel le journal et le livre des inventaires.
228. Débats au conseil d'Etat pour savoir si on devait rendre cette formalité commune aux copies de lettres.
229. Exigences de la loi en ce qui concerne la tenue régulière des livres. 1° Ordre de dates.
230. 2° Absence de tous blancs et de toute lacune.
231. 3° Défense de tout transport en marge.
232. Importance de ces formalités. Devoir que leur exécution impose au commerce et aux tribunaux.
233. Obligation pour les commerçants de conserver leurs livres pendant 10 ans.
234. Conséquences du silence que l'ordonnance de 1673 avait gardé à cet égard.
235. Discussion au conseil d'Etat.

220. — Ce n'était pas tout d'ordonner que les commerçants auraient des livres; il fallait, puisque ces livres étaient dans le cas d'être produits en justice et de faire foi de leur contenu, veiller à prévenir tout abus, et pour cela ordonner des mesures propres à en constater l'identité, à en assurer l'exactitude, à en garantir la sincérité.

Déjà, et dans ce triple objet, l'ordonnance de 1673 avait rendues obligatoires les formalités que le Code de commerce a à son tour consacrées. Mais il ne paraît pas que le commerce ait été fort exact à les remplir, et que la justice se fût montrée fort jalouse d'en assurer l'exécution. « Aujourd'hui, dit Jousse, toutes ces formalités ne sont plus guère observées dans l'usage. On n'y tient pas même la main dans les juridictions consulaires; et ce défaut d'observation de la loi a même été autorisé par des arrêts. Ainsi, un journal qui ne serait ni signé, ni coté, ni paraphé, n'empêcherait pas un marchand de pouvoir demander ce qui lui est dû pour raison de son commerce, en vertu de ce journal, si, d'ailleurs, il est tenu de suite et par ordre de dates, et sans aucun blanc, et si celui qui forme cette demande

est d'une probité connue et incapable de supposer des articles faux.

« Ce défaut de signature et de paraphe ne fait pas non plus supposer la fraude dans le cas de faillite d'un marchand. On juge qu'il a négligé de se soumettre à la formalité établie par la loi, et cette négligence est excusable quand la bonne foi paraît d'ailleurs. »[1]

De son côté, Denizart enseigne que l'usage des consuls de Paris était d'ajouter foi aux registres des négociants non paraphés ni cotés, pourvu qu'ils fussent reliés. [2]

221. — Ainsi en 1761, époque à laquelle écrivait Jousse, et depuis longtemps déjà, les formalités prescrites par le législateur de 1673 étaient inobservées, et les tribunaux mêmes s'étaient associés à l'abandon qu'en avaient fait les commerçants. La constatation de cette pratique était un fait important. Elle doit servir à déterminer le motif que les auteurs du Code ont eu de les prescrire d'une manière formelle dans les articles que nous examinons. Il est évident que si le législateur eût entendu s'associer à ce qui se faisait et approuver l'usage commercial et judiciaire en présence duquel il se trouvait, il se serait bien gardé d'exprimer une volonté contraire. On ne fait pas une loi pour la laisser impunément méconnaître et violer.

[1] Sur l'article 3, tit. III de l'ordonnance.
[2] V. livres et registres, n° 7.

222. — Notre législation a donc formellement condamné la pratique née depuis l'ordonnance, elle a évidemment voulu l'exécution entière et fidèle des prescriptions qu'elle sanctionnait dans les articles 10 et 11, et la preuve s'en tire d'abord de la consécration de ces deux articles.

Cette preuve ressort bien plus explicite de l'esprit de la loi. Ainsi, dans l'exposé des motifs du projet du Code, la commission primitive ne séparait pas l'authenticité de la forme de l'existence des livres, il nous a paru important, disait-elle, d'en prescrire sévèrement la tenue, d'en authentiquer la forme, pour éviter les tentatives de fraude et les moyens de falsification.

Elle ajoutait : « Les anciennes lois prescrivaient impérieusement l'authenticité des livres de commerce. Il ne faudrait pas conclure de leur inexécution qu'elle n'était pas nécessaire. *Les abus qu'on a tolérés ne justifient pas les abus, ils ajoutent à la nécessité de les réprimer.*

« La cause qui a peut-être rendu ces abus trop communs et l'inexécution des anciennes lois presque générale, c'est qu'en prescrivant ces devoirs, elles n'imposaient aucune peine à ceux qui les avaient enfreints. Nous avons senti combien cette garantie était nécessaire, et nous avons non-seulement prescrit l'inadmission des livres non authentiques, mais nous avons déclaré à ceux qui négligeraient de se conformer au vœu de la loi, que, dans le cas de faillite, cette contravention était une présomption de fraude qui autorisait contre eux une poursuite criminelle. »

Ces sentiments furent partagés par le conseil d'Etat. Ils étaient hautement exprimés au nom des sections réunies du tribunat.

« Quelque gênantes et minutieuses que puissent paraître les formalités prescrites, disait l'orateur, elles sont devenues indispensables pour mettre un terme aux désordres qui se sont introduits dans le commerce. L'obligation de les remplir, en éclairant à chaque instant le commerçant honnête sur sa véritable position, empêchera qu'il ne puisse s'abuser lui-même sur ses moyens réels, lorsque le succès de ses spéculations n'aura pas répondu à son attente ; et elle l'avertira de s'arrêter à temps pour sauver son honneur, et ne pas entraîner dans sa ruine ceux qui pourraient avoir confiance en lui. En cas de faillite, ces formalités mettront à même de distinguer l'homme honnête et malheureux de l'homme inconsidéré et de mauvaise foi qui aura spéculé sans prudence ni discernement, ou qui aura prémédité une banqueroute frauduleuse. Dans le même cas, leur omission sera un motif de prévention contre l'individu qui s'en sera rendu coupable, et aucun négociant ne pourra raisonnablement se plaindre d'être astreint à une obligation qui a pour objet de rétablir l'ordre dans ses affaires, d'éclairer la justice sur sa conduite et de la justifier, en cas de besoin, dans l'opinion publique. »

Ainsi le législateur de 1807 a considéré l'inobservation de l'ordonnance de 1673 comme un abus donnant naissance à de graves désordres. C'est assez dire qu'il n'a sanctionné les mêmes prescriptions qu'avec la ferme intention de les faire littéralement exécuter. Mais

il n'a pas mieux réussi que son prédécesseur. Aujourd'hui encore, les maisons de commerce ayant des livres visés, cotés et paraphés sont d'honorables, mais fort rares exceptions.

225. — On ne comprend pas que le commerce, qui est la première victime des fraudes si ordinaires dans les faillites, résiste obstinément à des mesures devant avoir pour conséquence forcée d'en diminuer le nombre, d'empêcher les plus considérables. Que la mauvaise foi cherche à se cramponner aux moyens devant la faire réussir, c'est ce qu'on peut, c'est ce qu'on doit attendre d'elle, mais que les tribunaux n'opposent pas à cette tendance un barrière infranchissable, qu'ils délaissent la faculté que leur donne l'article 586, c'est ce qui est fort regrettable dans l'intérêt public et au point de vue du respect dû à une loi positive.

Jusqu'en 1837 cet état de choses avait un fondement presque plausible dans une exigence évidemment irrationnelle du législateur. Nous voulons parler de la disposition de la loi du 13 brumaire an VII, qui non-seulement soumettait au timbre ordinaire les livres de commerce, mais qui défendait de coter et de parapher sur papier non timbré.

Dans la discussion au conseil d'Etat, on affranchit de cette formalité le livre copie des lettres, mais on déclara en même temps ne rien innover aux lois des finances. Les autres registres continuèrent donc d'être soumis à leur empire.

C'était là une charge énorme, aussi inégale qu'injuste,

à laquelle le commerce ne devait pas volontairement se soumettre. Aussi plusieurs tribunaux et chambres de commerce en avaient signalé l'insupportable rigueur, ils demandaient que, si on le maintenait, cet impôt fût rabaissé par la création d'un timbre particulier, d'un prix inférieur au tarif actuel, spécialement applicable aux registres et livres de commerce.

De son côté, le tribunat attaquait la nécessité du timbre, qu'il considérait comme pouvant, par l'exagération du droit, empêcher l'exécution des formalités prescrites par les articles 10 et 11, formalités d'autant plus précieuses, disaient les sections réunies, qu'on pourra en appliquer les conséquences soit aux faillites, soit aux diverses circonstances qui exigent la recherche de tous les indices propres à faire présumer la bonne foi ou la fraude.

Le tribunat ajoutait : « En rappelant à quel point la loi de brumaire étend l'usage des livres sur papier timbré, on rend évidente l'extrême inégalité de l'impôt qui frappe le détaillant et l'artisan d'une manière beaucoup plus rigoureuse que les négociants, ceux-ci faisant avec bien moins d'écritures des affaires bien plus considérables. S'il est impossible de corriger cette inégalité, n'est-il pas à propos d'y appliquer le remède nécessaire pour tout impôt entaché de ce vice, d'en rendre la quotité très faible? Cette mesure n'entraînerait qu'un sacrifice apparent, puisque la perception actuelle de l'impôt se trouve restreinte en proportion même de sa rigueur.

« Les sections réunies se font un devoir de recom-

mander la réclamation des chambres de commerce à la sagesse du gouvernement. »[1]

Ces considérations n'amenèrent aucun résultat, et la loi de l'an VII continua d'être exécutée. Mais son maintien ne tarda pas à justifier les prévisions du tribunat. D'année en année, l'exécution des articles 10 et 11 devint moins fréquente, ce qui détermina une diminution progressive dans les produits de l'impôt. En 1837, la recette atteignait à peine à 87,000 fr., tous les commerçants avaient déserté l'obligation de tenir leurs livres sur timbre.

224. — Cet état de choses fit ce que les justes observations des chambres de commerce et du tribunat n'avaient pu déterminer. L'article 20 de la loi des finances du 20 juillet 1837 ordonna qu'à partir du 1er janvier 1838, il serait ajouté trois centimes additionnels au principal de la contribution des patentes, pour tenir lieu, dans l'intérêt exclusif du trésor, du droit du timbre des livres de commerce, qui en seraient alors affranchis.

Cette disposition était une amélioration incontestable sous le rapport non-seulement de la quotité de l'impôt, mais encore de sa proportionnalité, elle fut cependant attaquée à la chambre des pairs. Comment se fait-il, disait le marquis Barthélemy, qu'en présence de la prospérité qu'on nous annonce, l'esprit de fiscalité ait porté les ministres à venir demander une augmen-

[1] Locré, t. XVII, p. 293.

tation de charges publiques qui se fera vivement sentir dans les localités où, comme à Lyon par exemple, les centimes additionnels sont déjà si nombreux, et où le commerce est en souffrance? L'impôt qu'il s'agit de remplacer était tombé en désuétude, et dès-lors il devrait être supprimé.

Je ne crois pas, répondait le ministre des finances, qu'on doive considérer cette disposition comme une augmentation de charges. En effet, ceux des négociants qui obéissaient à la loi, et qui avaient soin de faire timbrer leurs livres de commerce, supportaient une dépense beaucoup plus forte que celle qui résultera pour eux des trois centimes. Quant aux autres négociants ils éludaient l'application de la loi, et on ne peut considérer, à leur égard, la perception nouvelle comme une augmentation de charges, mais on doit y voir le retour à une charge qui devait peser sur eux. Le gouvernement a pensé que la justice exigeait que l'impôt pesât également sur tous.

Sans doute l'abolition absolue de l'impôt était préférable. Mais en admettant que les besoins du trésor ne permissent pas de la consacrer, la loi de 1837 en faisait une répartition plus exacte, moins onéreuse et par cela même plus intelligente que celle de la loi de l'an VII. Dès-lors aussi l'absence des formalités prescrites pour l'authenticité des livres de commerce en devient sans motifs. L'impôt se trouvant, dans tous les cas, inévitablement payé, on ne voit pas pourquoi le redevable ne s'empresserait pas d'acquérir en échange les avantages qu'il puisera dans la régularité de ses écritures. D'autre

part, les tribunaux, que la nécessité de pourvoir à une lourde charge avait pu mettre en considération, n'ont plus aucun prétexte pour ne pas exiger l'accomplissement rigoureux des formalités que la loi prescrit expressément.

225. — L'article 11 exige pour la régularité des écritures que le livre journal, celui de copie des lettres et celui des inventaires soient visés, cotés et paraphés par un des juges des tribunaux de commerce, ou par le maire ou adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais.

L'intervention de l'autorité administrative avait été combattue d'abord comme appelant l'administration à s'immiscer dans un acte ressortissant exclusivement de l'autorité judiciaire; ensuite comme exposant à un dangereux abus.

Souvent, en effet, les marchands attendront pour faire coter et parapher leurs registres, qu'une contestation les oblige de les produire. Alors ils iront trouver un maire peu éclairé, sur la facilité duquel ils auront compté, et qui, pour prix de sa complaisance, se trouvera peut-être engagé dans un procès criminel.

On proposait donc de faire substituer le juge commercial soit par un des juges du tribunal civil, soit par le juge de paix du canton.

Ce qui fit repousser cette proposition et maintenir l'article, fut d'abord la pratique recommandée par l'ordonnance de 1673, pratique fort sage, puisque dans toutes les localités il y aura un maire, tandis que le

commerçant éloigné du siége du tribunal de commerce peut l'être également de celui du tribunal civil et de la résidence du juge de paix, ce qui pouvait entraîner des inconvénients et des longueurs qu'il importait d'éviter.

Remarquons en outre que le Code de commerce a innové sur l'ordonnance, en ce que celle-ci n'appelait le maire ou l'adjoint qu'à défaut de juge consulaire, tandis que le Code admet leur concours dans les localités mêmes où il existe un tribunal de commerce. Si les membres de ces tribunaux, disaient les sections réunies du tribunat, étaient seuls chargés dans les grandes villes de coter et parapher les livres des commerçants, ce travail absorberait la presque totalité de leur temps. D'ailleurs, les maires et adjoints placés dans les grandes villes sont ceux dont l'intelligence et l'exactitude méritent le plus de confiance. De là, la disparition dans l'article 11 de la restriction que l'article 3 du titre III de l'ordonnance de 1673 renfermait.

226. — Ainsi les livres des commerçants doivent être visés, cotés et paraphés par un juge consulaire, ou par le maire ou l'adjoint, sans frais aucun. Le but de cette formalité est de constater l'identité de ces livres, d'empêcher en conséquence toute substitution frauduleuse, soit à l'occasion d'une instance, soit pour pourvoir aux nécessités d'une faillite, ce qui est bien plus à redouter.

On comprend, en effet, que plus la spéculation et la fraude auront de part à la faillite, et moins on pourra

se flatter d'avoir les véritables écritures du failli. Il faudrait supposer que du jour de son entrée dans le commerce, le négociant les a tenues dans cette unique prévision, ce qui est peu admissible, surtout lorsque son commerce s'est continué pendant plusieurs années.

Mais il arrivera alors que jusqu'au moment où la certitude de la faillite aura inspiré la pensée de la fraude, ses livres seront le miroir plus ou moins exact des opérations, et que leurs énonciations pourraient opposer un sérieux obstacle au succès de la fraude. On ne pourra donc pas, on ne voudra pas certainement les produire. Ce qu'il faudra dans cette hypothèse ce sont des livres créés à cause de la faillite et à son occasion, et ces livres, on les fabriquera ou on les fera fabriquer après coup.

Cette prévision n'a rien de trop hasardeux. Celui qui s'est occupé habituellement des faillites est à même de comprendre et de juger tout ce qu'elle a de sérieux et de réel. Fabriquer des écritures à l'usage des faillis ou de ceux qui se préparent à le devenir, constitue dans les grandes villes une industrie lucrative qui s'exerce pour ainsi dire ostensiblement.

Le seul moyen d'opposer une barrière à cet abus aussi déplorable que dangereux, est l'exécution littérale des prescriptions de nos articles : qu'on n'accepte comme sérieux que les livres visés, cotés et paraphés; qu'on déclare banqueroutier frauduleux ceux qui, n'en produisant aucun de ce genre, seront présumés les avoir soustraits pour les remplacer par ceux qu'ils présentent; qu'on leur applique tout au moins les peines

de la banqueroute simple, en conformité de l'article 586, et la justice verra diminuer le nombre de ces faillites scandaleuses et coupables, aussi profitables à leurs auteurs que ruineuses pour les malheureuses victimes.

227. — Le législateur, il faut le reconnaître, n'a rien négligé pour qu'on pût arriver à ce résultat, il ne s'est pas contenté d'exiger que les livres fussent visés, cotés et paraphés, il veut plus encore, il soumet le livre journal et celui des inventaires à être paraphés et visés une fois l'an. Il est évident, en effet, que l'exécution de l'article 11 n'empêche pas la fraude d'une manière absolue, un négociant pouvant, à toutes fins, faire coter, viser et parapher ses livres à double exemplaire et en garder un à l'effet de refaire ses écritures le cas échéant.

Le visa annuel rend cette précaution inefficace, car on ne pourrait, sans se rendre coupable d'un faux matériel, le transporter sur le livre nouvellement fabriqué, et son absence fera soupçonner et reconnaître la fraude. Ajoutons que cette formalité, tout en concourant d'une manière énergique à assurer l'authenticité des registres, offre une garantie précieuse de l'exécution de l'obligation de faire annuellement un inventaire.

La loi a donc fait tout ce qui était possible pour assurer la bonne foi dans les transactions commerciales. Si la fraude ne les vicie encore que trop souvent, c'est qu'on tolère sa violation. On ne saurait dès-lors l'accuser des maux en résultant. L'institution est suffisante,

ce sont les hommes qui restent en de-çà de leurs obligations et de leurs devoirs.

228. — Dans la discussion au conseil d'État, on proposa de soumettre également au visa annuel le livre copie des lettres. Ce livre, disait-on, mérite une attention particulière, parce que c'est par la correspondance que la fraude s'exerce.

Mais on répondit que le livre copie des lettres, quoique indispensable, ne devait cependant être considéré que comme une registre auxiliaire. Or, ces sortes de registres sont trop multipliés dans une maison de commerce pour qu'on les soumette au visa exigé par l'article 10. On n'interroge au surplus la correspondance que pour vérifier les détails, les clauses diverses des conventions qu'un négociant a pu faire avec ses correspondants par lettres missives. La situation d'un négociant est tout entière dans son livre journal, qui, contenant nécessairement les éléments dont se composent tous les autres livres, présente l'ensemble de ses opérations.

D'ailleurs, la crainte qu'un négociant enlevât ou intercalât un cahier dans son livre copie des lettres est illusoire, puisque, aux termes de l'article 11, ce livre doit être visé, coté et paraphé.

Enfin, on a beaucoup moins à craindre la contrefaçon de la correspondance, puisque les lettres elles-mêmes sont entre les mains de leur destinataire, et que leur production ferait prendre la fraude la main dans le sac. Une lettre s'explique ordinairement par celles qui l'ont précédée et suivie. Une supposition de lettres intro-

duites par fraude dans la correspondance pourrait donc facilement être reconnue et constatée par l'ensemble de la correspondance.

Ces considérations firent et devaient faire repousser la proposition.

229. — Après s'être ainsi occupé de l'identité des livres, le législateur prescrit les moyens qui doivent en constituer la régularité. Il exige qu'ils soient tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge.

L'ordre des dates est, pour le commerçant, la conséquence forcée de l'obligation d'inscrire ses opérations jour par jour et à mesure qu'elles se réalisent. L'exécution de cette obligation est exclusive d'une confusion et d'une transposition quelconque, puisque les opérations de la veille s'accomplissent nécessairement avant celles du lendemain. Il n'y a donc de livres régulièrement tenus que ceux qui deviennent, au moyen de cet ordre, l'image exact et fidèle du commerce.

230. — Pour qu'on les considère comme réguliers, les livres doivent en outre être rédigés d'un seul trait et sans blancs dans l'intervalle d'un article à l'autre. L'existence de ces blancs est une forte présomption de fraude. En effet, elle ne peut être expliquée que par l'intention de se réserver le moyen de modifier l'article qui les précède ou les suit immédiatement. C'est ainsi qu'on peut ajouter comme vendues des marchandises

qui ne l'ont pas été, ou augmenter le chiffre des sommes prétendues payées.

Il est vrai qu'on pourrait dire que, puisque les blancs existent encore, la fraude n'aurait pas été consommée. Mais l'existence de ceux qu'on y trouve effectivement peuvent facilement faire soupçonner qu'il y en avait d'autres qu'on a remplis. Comment, d'ailleurs, savoir si celui qu'on voit est tel qu'il a été laissé, si une partie n'en a pas été déjà employée à constater une énonciation mensongère et frauduleuse? Tout cela jette sur le registre ainsi tenu un vernis de déloyauté qui exclut toute confiance.

Le même résultat serait admis si les registres offraient des lacunes plus ou moins réitérées, plus ou moins importantes. Le registre d'un commerçant doit offrir l'ensemble de son administration, il n'a de valeur réelle que lorsqu'il rend raison de toutes ses opérations.

Conséquemment, si dans diverses circonstances il a sciemment omis de porter sur son registre les actes qu'il a réellement accomplis, on doit présumer qu'il n'a fait en cela qu'obéir à un intérêt illégitime. Comment dès-lors ajouter foi à ces mêmes livres, lorsqu'il voudra en faire résulter un avantage personnel?

231. — Enfin la loi prohibe tout transport en marge. On ne comprend la nécessité de ces transports que dans l'hypothèse d'une modification arrêtée et convenue entre les parties, ou d'une découverte d'une omission ou d'une erreur.

Or, en matière commerciale, modifier une opération, c'est faire une opération nouvelle devant être portée, non en marge de la précédente, mais dans le livre journal lui-même, à la date à laquelle elle s'accomplit. Il en est de même de l'erreur ou de l'omission. On doit en faire article du journal du jour de leur découverte. Le simple transport en marge serait donc trop éloigné des vraies habitudes commerciales pour ne pas être suspect.

232. — Telles sont les formalités que la loi a cru devoir prescrire, pour imprimer aux livres commerciaux le caractère de loyauté et de sincérité sans lequel ils ne sauraient mériter aucune confiance. Ces formalités sont essentielles dans l'intérêt privé, car le négociant trouvera dans leur accomplissement le moyen d'établir sa bonne foi dans les litiges particuliers, et de justifier sa conduite dans le cas où des revers immérités le réduiront à traiter avec ses créanciers.

Elles intéressent l'ordre public, car, en multipliant les garanties, elles appellent la confiance, raffermissent et développent le crédit, ces éléments indispensables à tout commerce et, par voie de conséquence, à la prospérité de l'Etat.

Les négociants loyaux, trop souvent victimes de faillites frauduleuses, doivent donc concourir à l'exécution de la loi, d'abord par leur exemple en s'y soumettant eux-mêmes scrupuleusement, ensuite par leur conduite en déférant à la justice du pays ceux qui leur

demanderont une remise, un concordat, et dont les livres ne rempliraient pas les conditions voulues.

C'est aux tribunaux à veiller, de leur côté, à ce que la volonté si manifeste de la loi ne soit pas condamnée à la stérilité et à l'impuissance. Les juges consulaires ont un moyen énergique d'atteindre ce résultat par le refus d'homologation du concordat, en faveur du failli dont les écritures ne seront pas conformes au vœu du législateur. Les tribunaux ordinaires, par l'application rigoureuse de l'article 586 du Code de commerce. Devant une telle jurisprudence, le mal que la loi a voulu prévenir perdra inévitablement de son intensité, les résistances s'effaceront, le mauvais vouloir sera vaincu; alors surtout que la loi de 1837 a enlevé aux unes et aux autres le prétexte qui semblait les légitimer. Aujourd'hui les livres sont dispensés du timbre, ils sont visés, cotés et paraphés sans frais; le seul impôt qu'ils supportent est forcément payé par tous les commerçants. Quelles raisons pourrait-on donc alléguer, qui puissent faire pardonner la violation de la loi?

233. — L'article 11 fait un devoir aux commerçants de conserver pendant dix ans les livres déclarés obligatoires, à savoir : le journal, le copie des lettres, le livre des inventaires. Tant que ce laps de temps n'est pas écoulé, la production de ces livres, légalement réclamée en justice, ne saurait être refusée sous aucun prétexte.

234. — Aucune disposition analogue n'existait dans

l'ordonnanc de 1673, le législateur s'était borné à ordonner implicitement la conservation du livre des agents de change ou de banque, auquel les parties pouvaient recourir en cas de contestations.

Le silence gardé à l'endroit des commerçants les obligeait donc à conserver indéfiniment leurs livres. Tant que le droit, n'étant pas prescrit, pouvait donner matière à un litige, le commerçant était en position d'être obligé de les produire. Aussi a-t-il été jugé que dans un procès né depuis le Code de commerce, le négociant à qui on demandait de produire ses livres ne pouvait exciper du bénéfice de l'article 11, s'il s'agissait d'une opération réalisée sous l'empire de l'ordonnance.[1]

235. — Préoccupés des fraudes nombreuses que les faillites font surgir, et dans le désir d'en empêcher le retour, plusieurs conseillers d'État demandaient, lors de la discussion du Code, qu'on obligeât les commerçants à conserver leurs écritures depuis le premier moment qu'ils sont entrés dans le commerce. On aurait ainsi, disait notamment M. Treilhard, la facilité, en cas de faillite, de vérifier quelle somme chacun d'eux a reçue sur la dot de la femme. Quand le commerce aurait duré trente ans, c'est tout au plus s'il y aurait trente registres à conserver; mais il importe que tous soient représentés, parce que souvent le principe de la fraude remonte à des époques fort reculées.

[1] Cass., 5 août 1823.

Cette proposition, renvoyée à la section, fut par elle modifiée. L'obligation de conserver les livres fut limitée à dix ans.

236. — De quelle époque commence à courir le délai? Est-ce de la date de l'opération litigieuse ou seulement de celle de la dernière opération portée sur le livre?

M. Pardessus se prononce dans ce dernier sens et, selon nous, avec infiniment de raison. L'idée de conservation, dans le sens de l'article 11, s'applique forcément à un objet devenu sans utilité réelle et actuelle, dont on pourrait se passer sans inconvénients. De telle sorte que si cet objet est retenu et conservé, on ne peut en alléguer d'autre motif que le devoir spécial que la loi impose d'en agir ainsi. Or, tel n'est pas évidemment le livre sur lequel le commerçant continue d'inscrire ses opérations.

Ce livre ne fait alors que servir à la destination spéciale auquel il est affecté. On ne saurait d'autant mieux avoir égard à sa possession, qu'elle est indispensable au commerçant. Cette possession répond aux exigences de l'article 8, et non pas à celles de l'article 11. Le commerçant ne saurait donc compter dans le délai de celui-ci tout le temps pendant lequel, n'ayant pas d'autre livre journal, il continue de se servir de celui qui lui en tient exclusivement lieu. Admettre le contraire, ce serait méconnaître la loi, puisqu'un registre, commencé longtemps avant sa clôture, cumulerait le bénéfice

de l'article 8 et celui de l'article 11, ce qui est inconciliable.

Ainsi la nécessité de conserver, dans le sens de la loi, ne peut naître qu'au moment où, définitivement rempli, un registre a cessé d'être utile au commerce courant. Supposez un livre ouvert en 1830, mais fini seulement le 1er janvier 1834, le délai de l'article 11 ne commencera à courir que de cette dernière époque, il ne sera échu que le 1er janvier 1844. Jusque là le commerçant sera tenu de le produire dans l'hypothèse d'un litige sur une opération remontant aux années 1830 et suivantes. Sans doute il se sera écoulé plus de dix ans depuis cette opération, mais c'est là la conséquence forcée de la nature des choses et de l'indivisibilité des livres. La loi, en effet, n'a pas prescrit la conservation de tel et tel feuillet. Ce qu'elle veut, c'est celle du livre dans son ensemble, tel qu'il a été visé, coté et paraphé. Or, puisque la nécessité de cette conservation ne s'est réalisée qu'en 1834 et qu'elle doit continuer jusqu'en 1844, on ne voit pas pourquoi on n'ordonnerait pas la production exigée dans l'intervalle, à quelque date, d'ailleurs, que pût remonter l'opération litigieuse.

Le commerçant pourrait d'autant moins s'en plaindre, qu'il avait le moyen de l'empêcher, si son intention était d'user rigoureusement du bénéfice de l'article 11, à l'endroit de chaque opération. Il avait pour cela un parti bien simple à prendre, c'était de ne faire durer son journal qu'un an, et d'en commencer un nouveau à l'expiration de chaque année. Dans ce cas, on n'eût pas été recevable à lui demander, en 1843, celui des années

1830, **1831** ou **1832**. Si, dans un intérêt quelconque, il s'est servi du même pendant trois ou quatre années consécutives, il ne saurait trouver mauvais qu'on lui impose une responsabilité résultant de son propre fait, volontairement et spontanément accompli.

237. — Notre solution se corrobore de cette règle généralement admise, à savoir, que l'exception autorisée par l'article **11**, contre la demande en production des livres, après le délai de dix ans, ne repose que sur la présomption qu'après ce temps les registres ne sont plus en la possession du commerçant. Le législateur n'a pas entendu favoriser la fraude. Il n'a édicté l'article **11** que pour venir au secours du commerçant de bonne foi qui, rassuré par le long terme écoulé, aurait réellement disposé de ses livres, et serait dans l'impossibilité de les produire.

Dès-lors aussi, si le fait contraire se réalise, la présomption cède la place à la réalité, et le commerçant n'est plus recevable à se retrancher derrière l'article **11**. Ainsi si, même après plus de dix ans, il est prouvé que les livres existent, qu'ils sont en la possession de son auteur, leur production non-seulement pourra, mais devra être ordonnée; ne pas le faire, ce serait encourager une résistance illégitime, consacrer la mauvaise foi et la fraude, priver la justice des éléments d'appréciation pouvant lui être indispensables, lui refuser tout au moins les éclaircissements qu'elle est en droit d'exiger et d'obtenir.

« Attendu, disait la Cour de Caen à ce sujet, dans

un arrêt du 24 juin 1828, qu'il est vrai qu'aux termes de l'article 11 du Code de commerce, les commerçants ne sont tenus de conserver que pendant dix ans les livres qu'ils sont obligés de tenir; mais que, néanmoins, quand il est certain qu'ils les ont conservés au-delà de dix ans, qu'ils les ont entre les mains, et qu'ils sont nécessaires pour éclairer la justice, rien ne s'oppose à ce que les commerçants soient également forcés de les représenter. »

Or, dans l'hypothèse que nous supposons, il est de toute certitude que le livre existe; qu'il est en mains du commerçant, qui sera tenu de justifier à l'aide de ses énonciations les opérations de la dernière année. Il devrait donc le produire, dans tous les cas, par application de la règle consacrée par la Cour de Caen.

Nous le répétons donc, le délai de l'article 11 ne commence à courir que du jour de la clôture du livre et de la date de la dernière opération qu'il constate. Quelle que soit dès-lors l'époque à laquelle remonte l'opération litigieuse, il suffit qu'elle soit constatée dans ce livre, et que la production de celui-ci soit requise moins de dix ans depuis sa clôture, pour qu'elle doive être ordonnée.

238. — L'exception autorisée par l'article 11 n'est pas une prescription dans le sens ordinaire. Tout ce qui peut en résulter, en effet, c'est la perte d'une voie d'instruction. Mais elle n'est ni libératoire, ni acquisitive d'un droit sur le fonds du litige, puisque la preuve de l'obligation ou du paiement pourra toujours être

acquise, soit par d'autres documents, soit par témoins ou par présomptions.

Il résulte de là que le délai de dix ans ne cesse pas de courir dès qu'il a commencé; qu'il est ni suspendu ni interrompu par les causes qui interrompent ou suspendent le cours de la prescription.

239. — Enfin l'article 11 étant un bénéfice que la loi a entendu conférer, ne renferme qu'une pure faculté pour celui que ce bénéfice concerne, nul autre que lui ne peut l'invoquer, comme personne ne saurait le contraindre à le revendiquer.

Ainsi, le commerçant ne peut être contraint, après un délai de dix ans, à produire les livres qu'il soutiendrait ne plus avoir en sa possession, sauf le cas où la preuve du contraire serait établie. Mais, à quelque époque que se réalise le litige, il peut non-seulement obéir à la sommation de les produire qui lui serait faite, mais encore les produire lui-même spontanément et y chercher la preuve, dans les cas prévus par l'article 12, de la justice de ses prétentions. C'est ce que la Cour de Rennes a fort judicieusement consacré, en jugeant, le 10 novembre 1817, qu'il ne saurait résulter de la disposition de l'article 11 qu'après le délai de dix ans un commerçant ne puisse pas, en les représentant, faire usage de ses livres.

—

ARTICLE 12.

Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

ARTICLE 13.

Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des faillites et banqueroutes.

SOMMAIRE.

249. Il n'est pas nécessaire néanmoins que l'acte constitue un fait du commerce respectif des parties.
250. Conséquences de notre solution pour le non-négociant.
251. Les livres d'un commerçant ne pourraient être opposés au commis attaqué en restitution d'un excédant de salaires.
252. Le commerçant ne pourrait pas non plus exciper de l'article 1781 du Code Napoléon.
253. Les livres réguliers ne pourraient, sans la représentation des quittances, faire preuve d'un paiement fait à un tiers pour le compte d'un correspondant
254. Les livres d'un commerçant font-ils, contre un non-négociant, un commencement de preuve par écrit?
255. Opinion de M. Bravard Veyrières.
256. Réfutation.
257. Le commencement de preuve n'existe que pour les fournitures faites, par le marchand, d'objets de son commerce. Conséquences pour les prêts d'argent.
258. Défense d'exciper des livres irréguliers et de les produire en justice. Motifs de cette défense.
259. Ces livres irréguliers ne peuvent autoriser le juge à déférer le serment à celui qui les a tenus.
260. Quand les livres sont irréguliers, la défense faite par la loi doit être exécutée, qu'il s'agisse d'un acte commercial ou non, entre négociants ou non-négociants.
261. Cette défense ne concerne que celui qui a tenu les livres. On peut donc les invoquer contre lui.
262. Discussion de l'article 13 au conseil d'Etat.
263. Motifs qui l'ont fait admettre tel qu'il se trouve dans le Code.
264. Conséquence par rapport au commerçant.
265. A l'endroit des tiers-débiteurs ou créanciers.
266. Pour les tribunaux eux-mêmes.
267. Les associés ne peuvent s'opposer l'irrégularité des livres de la société.
268. L'exception tirée de l'irrégularité des livres n'est que facultative pour les ayant-droit. Conséquences.

240. — Les articles 12 et 13 complètent la pensée du législateur sur la nécessité des formalités tendant à assurer l'identité et l'authenticité des livres. Le premier confère une récompense à celui qui a exécuté les obligations qu'il a prescrites, le second punit celui qui les a violées. L'un et l'autre ont un but unique, favoriser et encourager l'accomplissement littéral des dispositions des articles précédents.

L'ordonnance de 1673 avait omis d'employer ce double mobile, et cette omission était considérée, nous l'avons déjà vu, par la commission primitive du Code de commerce, comme une des causes ayant le plus contribué à l'inexécution de l'ordonnance. Au reste, l'un et l'autre étaient des conséquences tellement logiques que, dans le silence de la loi, ils avaient été admis et consacrés par la doctrine et la jurisprudence.

Quoi de plus naturel que de fournir, à celui qui a fidèlement obéi à la loi, le moyen de trouver dans son obéissance même la récompense qui lui est due? Quoi de plus juste que de dénier toute faveur à celui qui a dédaigné et violé les conseils et les ordres du législateur?

Donc les livres régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

241. — Remarquons d'abord la généralité des expressions de l'article 12 : *Les livres de commerce.* Or, nous avons vu que si la loi n'en prescrit obligatoirement que trois, à savoir : le journal, le copie des lettres, le livre des inventaires, elle en tolère plusieurs autres ; il faut donc conclure, de ce qu'elle n'a posé aucune limite, aucune restriction dans l'article 12, qu'elle n'en exclut aucun.

Les livres auxiliaires peuvent donc aussi être invoqués par le commerçant dont les livres obligatoires sont régulièrement tenus. Il est vrai que les premiers ne sont soumis à aucune des formalités garantissant la loyauté de ces derniers, mais leur régularité est une conséquence forcée de celle du journal. Elle est donc incontestable, lorsqu'ils ne font que répéter et confirmer les indications de celui-ci.

Ce n'est même qu'à cette condition que les livres auxiliaires ont une valeur quelconque. S'il existait une différence entre eux et le journal, c'est à celui-ci qu'on devrait exclusivement ajouter foi. Ce n'est donc pas tant pour le fait en lui-même que pour les circonstances qui ont pu l'accompagner et le suivre, qu'on sera tenté de recourir aux livres auxiliaires, cependant les commerçants ne sont pas infaillibles, leur livre journal pourrait renfermer des erreurs que les livres auxiliaires constateraient, et, dans ce cas, ils pourraient valablement exciper de ces derniers.

L'utilité de ces mêmes livres est plus évidente encore lorsqu'il s'agit de rechercher et d'expliquer, par le mode d'exécution suivi, les conditions et les caractères

d'une opération. Destinés à venir en aide au livre journal, les livres auxiliaires peuvent renfermer des indications précises, des développements que celui-ci ne comporte pas. Sous ce point de vue donc, il était sage de ne pas les exclure, et c'est à ce parti que s'est arrêté le législateur. La généralité des termes de l'article 12 l'établit d'une manière péremptoire.

Cette interprétation est admise en doctrine, ainsi que la règle qu'en cas de contradiction entre les énonciations, la préférence est due au journal.[1] Il est donc certain que les livres auxiliaires ne peuvent être invoqués que concurremment et conjointement avec les livres obligatoires. Ainsi un commerçant, qui n'aurait ou qui ne représenterait pas ceux-ci, ne pourrait utilement recourir à ceux-là, quelque régulièrement tenus qu'ils parussent. D'ailleurs, leur régularité est nécessairement subordonnée à celle du journal, que le défaut de production empêche de reconnaître et de constater. D'autre part, ils peuvent bien compléter ou expliquer celui-ci, mais le remplacer, jamais.

242. — La loi laisse les tribunaux libres d'ajouter foi aux livres mêmes réguliers ou de les rejeter. La prescription de l'article 12 confère une faculté, mais n'impose aucune obligation. C'était là la conséquence forcée de cette observation, si souvent rappelée dans le cours de la discussion du Code de commerce, à savoir, que

[1] V. Delvincourt, t. II, p. 17; — Favard, *Liv. de comm.*, n° 7; — Pardessus, n° 258; — Locré, sur l'art. 12.

les tribunaux consulaires sont essentiellement des tribunaux d'équité, et que dès-lors il ne faut pas les lier par des règles trop absolues.

Au surplus, l'absolu, en pareille matière, pourrait offrir, comme résultat, une violation de la loi inévitable et forcée. Supposez, en effet, que dans un litige entre deux commerçants, pour fait de commerce, des livres réguliers soient produits de part et d'autres; que les énonciations des uns soient, tout juste, le contraire de ce que les autres renferment, comment le juge sortirait-il de la perplexité naissant de l'obligation d'ajouter foi aux uns et aux autres. Il devrait adopter ou les uns ou les autres, et alors la loi serait violée à l'encontre de celui dont on aurait rejeté les prétentions; ou bien, ce que la force des choses et la raison indiquent, les repousser les uns et les autres, et la loi se trouverait violée à l'égard des deux parties. On ne pouvait sauver les embarras d'une pareille situation que par le caractère facultatif donné à la prescription de l'article 12.

D'un autre côté, ce caractère n'était pas moins commandé par la crainte d'être amené, dans le cas contraire, à consacrer une iniquité flagrante. Les commerçants ne sont pas infaillibles, et l'on peut supposer qu'indépendamment de toute pensée de fraude, ils ont pu se tromper ou omettre sur leur livre le paiement qu'ils ont réellement reçu, et qu'ils viennent de bonne foi redemander. Fallait-il que le juge, que les circonstances de la cause auraient convaincu de la réalité du paiement allégué, se trouvât enchaîné par une loi positive, et qu'il condamnât le débiteur à payer une seconde fois,

parce que, par une circonstance malheureuse, le premier paiement serait omis sur le livre du créancier? C'eût été inique et absurde, et, en présence d'une pareille éventualité, on ne peut qu'applaudir l'article 12, le laissant libre d'obéir aux inspirations de sa conscience.

245. — Ainsi, la production de livres régulièrement tenus ne doit pas, dans tous les cas et par elle seule, faire admettre la demande. Les tribunaux ne devront l'accueillir qu'en tant que cette demande se fondera sur la vraisemblance, qu'elle ne sera pas surtout combattue par des présomptions graves nées des circonstances et des faits du procès. Mais, dans l'appréciation à laquelle ils sont appelés à se livrer, ils ne doivent pas oublier que la loi entend récompenser celui qui a fidèlement exécuté ses prescriptions. En conséquence, dans le doute, ils doivent se prononcer en faveur de celui dont les livres sont réguliers, surtout si son adversaire commerçant ne produisait que des livres irrégulièrement tenus ou prétendait n'en avoir tenu aucun.

C'est ce qui se pratiquait sous l'empire de l'ordonnance de 1673, notamment dans le cas du refus de représenter les livres. « Si un négociant dit n'avoir point de livres, il est certain que celui qui s'y veut rapporter demandera que le sien soit cru, et il le doit être, parce qu'il est toujours à présumer qu'un marchand qui tient ses livres en bonne forme est plus homme de bien et plus croyable que celui qui dit n'en point avoir, et les juges ont sujet de croire qu'il ne

veut pas les représenter pour éviter sa condamnation.[1] »

Il en serait de même aujourd'hui. Des motifs identiques amèneraient un résultat semblable. Celui qui se verrait ainsi condamner ne pourrait justement s'en plaindre, car, de deux choses l'une : ou il cache ses livres, et la seule conclusion qu'on puisse en tirer, c'est que ses propres livres déposeraient contre lui ; ou il n'en a réellement tenu aucun, et, dans ce cas, sa négligence est si grave qu'on ne doit pas hésiter à l'en punir, en lui en imposant toutes les conséquences, quelque rigoureuses qu'elles puissent être.

244. — L'article 12 renferme donc en quelque sorte une exception à cette règle : que nul ne peut se créer un titre à soi-même. Le désir de voir la loi recevoir son entière exécution rend suffisamment raison de l'existence de cette exception, qui ne peut, d'ailleurs, devenir un danger que pour ceux qui veulent volontairement s'y exposer. Le moyen de s'y soustraire est fort simple. Il consiste à opposer des livres réguliers aux livres réguliers produits par l'adversaire, à ramener ainsi forcément le juge dans le droit commun.

C'est cette réciprocité de position qui est devenue le fondement essentiel de l'exception. Ce qui le prouve, c'est que l'article 12 ne confère la faculté d'ajouter foi aux livres réguliers que dans les contestations de commerçants à commerçants pour faits de commerce.

[1] Savary, *Parfait négociant*, t. I, p. 275.

245. — Dans le projet du Code, communiqué au tribunat, l'article 12 portait que les livres pourraient être admis pour faire preuve entre commerçants, ET pour faits de commerce. Les sections réunies du tribunat firent remarquer que cette rédaction induisait à croire que la preuve par les livres pourrait être opposée: 1° entre négociants pour contestations étrangères au commerce; 2° pour faits de commerce à ceux mêmes qui ne seraient pas négociants. Or, comme les deux conditions étaient exigées cumulativement, et qu'il importait dès-lors d'empêcher toute équivoque, le tribunat demanda et obtint le retranchement du mot ET, ce qui expliquait parfaitement l'esprit de la loi, en en rectifiant le texte.

Ainsi l'application de l'article 12 se trouve subordonnée à cette double circonstance : qualité de commerçant dans les deux parties; caractère commercial dans le fait en litige. En l'absence de l'un ou de l'autre, la preuve de l'obligation, comme celle du paiement, obéirait aux principes du droit commun.

246. — Toutefois, et même dans ces termes, une difficulté sérieuse peut s'offrir. Suffit-il, dans une opération entre commerçants, que le caractère commercial existe à l'égard d'une des parties, doit-on l'exiger pour toutes deux?

M. Delvincourt se prononce dans le dernier sens. Ainsi, dit-il, un marchand d'étoffes ne pourra pas présenter ses livres pour preuve d'une fourniture d'étoffes

à un marchand de vin pour son habillement et celui de sa famille, *et vice versa*. [1]

247. — L'opinion contraire est enseignée par M. Toullier. Il n'est pas nécessaire, dit-il, que le fait ou l'engagement de commerce qui forme l'objet de la convention appartienne au commerce respectif des deux contendants.

Ainsi, si un marchand de vins vendait à un banquier des vins pour sa consommation, la vente, qui n'est un acte de commerce que de la part du vendeur, est susceptible d'être prouvée par ses livres; car la loi, pour les admettre à faire preuve, n'exige pas autre chose, si ce n'est que les deux parties soient des commerçants et qu'il s'agisse d'un fait de commerce; elle n'ajoute pas du commerce respectif des contendants. [2]

Toullier invoque M. Pardessus à l'appui de sa doctrine. Mais celui-ci est bien moins positif que lui. Dans une hypothèse de cette nature, dit en effet M. Pardessus, l'acte n'étant commercial que d'un côté, il serait plus douteux que les livres pussent être admis pour faire preuve. Néanmoins, comme nous avons vu au numéro 86 que les registres d'un négociant devaient contenir la mention, même des faits étrangers à son commerce, cette considération pourrait porter les juges à exiger, en tout état de cause et même d'office, de l'une ou de l'autre des parties, ou des deux, l'exhi-

[1] *Inst. du droit com.*, t. II, p. 18.
[2] T. VIII, n° 386.

bition de leurs livres pour s'éclairer sur le fait ou les conditions de la négociation intervenue entre elles.[1]

Ainsi M. Pardessus doute et ne se prononce pas. Il y a loin, en effet, entre la faculté de consulter les livres pour y rechercher des éclaircissements, et celle de les accepter comme preuve. Conséquemment, reconnaître aux juges la première, ce n'est pas nécessairement leur conférer la seconde.

248. — Quant à nous, nous croyons que l'avis de M. Delvincourt doit seul prévaloir, comme faisant une plus saine application de la loi. En effet, pour que les livres puissent faire preuve, l'article **12**, nous venons de le dire, exige cumulativement la qualité de commerçant, le caractère commercial de l'acte. Il est évident que ce dernier ne peut s'entendre que relativement à chacune des deux parties.

Il y a même mieux. C'est surtout contre la partie poursuivie que ce caractère doit être exigé, car si elle n'a fait qu'un acte ordinaire de la vie civile, elle s'est placée par cela même sous l'empire du droit commun, et les livres de son adversaire ne peuvent pas plus lui être opposés, qu'ils ne pourraient l'être au non-commerçant pour un acte isolé de commerce.

Il faut donc, pour qu'un commerçant puisse se prévaloir de ses livres, que celui à qui il les oppose ait contracté en sa qualité de commerçant, qu'il ait fait un acte de commerce. Or, dans l'hypothèse prévue par

[1] T. I, n° 258.

M. Delvincourt, le marchand de vins achetant pour sa propre consommation et pour celle de sa famille agit bien plutôt comme citoyen que comme commerçant. Il importe peu qu'au regard du vendeur l'acte soit commercial. En ce qui le concerne, lui acheteur, le fait manque complètement de ce caractère. Cela est incontestable et incontesté.

Dès-lors, on ne rencontre dans cette hypothèse aucune des conditions exigées par la loi. Tout au moins n'offre-t-elle pas le cumul qu'elle prescrit. La conclusion qu'en tire M. Delvincourt est donc la seule légale, la seule admissible.

Mais, dit-on, le commerçant a des livres sur lesquels il doit inscrire toutes les opérations même étrangères à son commerce. Pourquoi donc n'admettrait-on pas le vendeur à exciper des siens, puisque l'acheteur peut en annuler les indications en produisant ceux qu'il a lui-même tenus? Ne rencontre-t-on pas cette réciprocité sur le fondement de laquelle l'exception qui fait admettre les livres se trouve reposer?

Nous répondons que la même circonstance se réalise dans toutes les contestations entre commerçants, et pour quelque cause que ce soit. Supposez, en effet, que deux négociants aient épousé deux sœurs et que des difficultés surgissent entre eux sur la quotité de la dot respectivement touchée. Certes, le litige sera purement civil et, conséquemment, il ne pourra être résolu par les livres. Cependant chacune des parties a dû inscrire sur les siens les sommes qu'il a réellement reçues. L'existence réciproque des livres n'est donc

pas toujours une raison péremptoire. L'objection à laquelle nous répondons n'a dès-lors rien de décisif. Il n'y a pas plus de raison de l'admettre dans notre hypothèse, alors qu'elle ne serait même pas proposée dans le cas que nous supposons.

Cependant il y a, entre celui-ci et la première, cette différence que le montant de la dot devra figurer sur les livres à la date de sa réception, tandis que la dépense faite pour la consommation de la famille pourra n'y être inscrite qu'implicitement. En effet, la loi n'oblige de porter sur le journal la dépense du ménage que de mois en mois, c'est-à-dire que le commerçant n'y inscrira que le total. Comment donc pourra-t-il plus tard prouver que la somme qu'on lui réclame figure réellement dans celui-ci? En fait, donc, la réciprocité n'existe pas. Dès-lors indépendamment de ce qu'elle est loin d'être péremptoire, l'exception n'a aucun fondement réel dans notre hypothèse.

Elle n'en trouve pas d'avantage dans la loi. En effet, on ne comprendrait pas, si la réciprocité d'écriture devait suffire pour que les livres pussent faire foi, que la loi eût exigé la commercialité de l'acte et la qualité de négociant. Pouvait-elle oublier l'obligation qu'elle venait d'imposer de porter sur ces livres les opérations étrangères au commerce? Dès-lors, si elle n'avait en vue que la certitude de cette mention réciproque, elle pouvait et devait évidemment se contenter de la qualité de commerçant.

249. — Est-ce à dire cependant que M. Delvincourt,

subordonne l'application de l'article 12 à l'hypothèse exclusive où l'opération concernerait le commerce respectif des parties? La solution affirmative impliquerait la supposition qu'un négociant ne peut faire un acte de commerce en dehors de sa profession habituelle. Le contraire est tellement certain, que ce serait faire injure à cet honorable jurisconsulte que de croire qu'il a pu le méconnaître ou l'ignorer. On peut d'autant moins lui reprocher l'un ou l'autre, que son opinion ne repose que sur cette incontestable vérité.

C'est précisément parce que le commerçant peut faire des actes de commerce en dehors de ses affaires habituelles, que la loi n'a pas exigé que le fait litigieux se rapportât à celles-ci. Quel qu'il soit, il suffit qu'il ait un caractère commercial à l'endroit des deux parties, pour que l'application de l'article 12 devienne légalement possible.

Ainsi, supposez que le marchand de vins, voulant faire une spéculation, achète une partie plus ou moins considérable d'étoffes pour les revendre. La double condition exigée par le législateur se trouverait réalisée. Il ne pourrait donc écarter les livres du vendeur, sous prétexte qu'il n'aurait pas fait un acte de son commerce habituel. Commerçant, il n'en aurait pas moins traité avec un commerçant; commercial par rapport à ce dernier, l'acte ne le serait pas moins à son endroit. Le cumul de ces deux conditions ne le placerait pas moins sous l'empire de l'article 12.

Voilà la véritable portée et le sens réel de la loi. On comprend dès-lors pourquoi elle n'a pas exigé un acte

du commerce respectif des parties, et comment, malgré ce silence, M. Delvincourt a pu très juridiquement conclure comme il l'a fait.

250. — Ainsi le concours simultané de la qualité de commerçant et du caractère commercial réciproque de l'acte est indispensable pour que l'article 12 puisse être appliqué. Cette règle, si explicitement déduite par le tribunat, justifie l'opinion de M. Delvincourt. Il en résulte également que le non-commerçant ne serait pas soumis à sa disposition par cela seul que son obligation reposerait sur un fait de commerce. Ainsi, si un individu achetait isolément des marchandises pour les revendre, le vendeur ne pourrait lui opposer ses livres. L'acte aurait bien été commercial vis-à-vis de toutes les parties, mais comme il ne suffirait pas pour conférer à l'acheteur la qualité de négociant, celle-ci manquerait, et son absence ferait sortir les parties du cas pour lequel l'article 12 est exclusivement édicté.

251. — Les livres d'un négociant ne sauraient être opposés à son commis. En ce qui le concerne personnellement, celui-ci n'est pas commerçant. Il n'agit, dans les actes de commerce qu'il peut faire, que pour le compte d'autrui. Il n'est pas obligé d'avoir des livres, sur lesquels il doit porter les sommes qu'il reçoit de son patron. En conséquence, l'action en répétition des sommes que celui-ci prétendrait lui avoir payées en sus de ce qui lui était dû resterait sous l'empire du droit commun.

252. — Dès-lors le patron demandeur serait obligé de justifier sa demande. Pourrait-il, dans cet objet, se prévaloir de l'article **1781** du Code Napoléon, et prétendre être cru sur son affirmation? Non, car en assimilant le commis à un domestique, cette exception ne lui serait opposable que dans le cas où elle pourrait l'être à ce dernier, à savoir, lorsque, demandeur contre son maître, il veut le faire condamner au paiement des salaires qu'il prétend lui être dus. Telle n'est pas la position respective des deux parties, lorsque c'est le maître qui prétend avoir payé plus que ce qu'il devait. Son affirmation devient alors une prétention ordinaire dont l'accueil est nécessairement subordonné à la preuve de sa véracité.

Cette preuve ne pourrait résulter des livres du commerçant, quelque régulièrement tenus qu'ils fussent d'ailleurs. [1] Il ne s'agirait plus, en effet, d'une contestation entre commerçants pour faits de commerce, l'article **12** ne saurait donc être invoqué.

253. — La foi due aux livres réguliers doit être restreinte aux opérations directement intervenues entre commerçants, pour lesquels l'usage invariable est de se contenter de les porter sur les écritures, soit au débit, soit au crédit. Elle ne pourrait donc être invoquée si par sa nature l'opération comportait une justification spéciale indépendamment de cette mention. Tels seraient, par exemple, les paiements qu'un commerçant

[1] Rouen, 16 novembre 1826.

prétendrait avoir fait à des tiers pour le compte d'un de ses correspondants. Ces paiements ne pourraient être prouvés en faveur de celui-ci que par les quittances signées par les créanciers. Comment, en effet, prouverait-on que la dette est éteinte? Ce n'est cependant que si elle l'a été réellement, que le débiteur sera tenu de rembourser ce qu'on a payé pour lui.[1]

254. — Le principe déjà posé par l'article 1329 du Code Napoléon, à savoir, que les livres et registres des marchands ne font point, contre les personnes non-marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, trouve une éclatante confirmation dans les conditions que l'article 12 exige pour qu'ils puissent faire foi.

Pourra-t-on du moins en faire résulter contre les non-commerçants un commencement de preuve par écrit rendant la preuve orale et celle par présomptions admissibles?

Nous avons, ailleurs, résolu affirmativement cette question. Nous nous sommes fondés sur les usages commerciaux, qui ne permettent pas aux détaillants surtout de rapporter une preuve écrite de chacune des fournitures qu'ils font; sur la doctrine et la jurisprudence anciennes; enfin sur la faculté que laisse le Code de déférer le serment, ce qui, *a fortiori*, entraîne le pouvoir d'admettre la preuve testimoniale, aux termes de l'article 1367 du Code Napoléon.[2]

[1] Bordeaux, 10 août 1838. *J. D. P.* II, 38, p. 474.

[2] V. notre *Traité du dol et de la fraude*, nos 735 et suivants.

255. — Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Bravard Veyrières. Il ne veut pas que dans un cas pareil on ait recours à la preuve testimoniale. Si le juge, dit-il, a confiance dans le demandeur, il doit lui déférer le serment et non pas recourir à la preuve testimoniale. S'il n'a pas confiance en lui, il doit déférer le serment au défendeur ou même le renvoyer purement et simplement de la demande, sans recourir à la preuve testimoniale. Admettre cette preuve, ce serait empirer la position du défendeur, au mépris du texte et de l'esprit de la loi. [1]

256. — Il importe de remarquer que M. Bravard n'enseigne pas que la preuve testimoniale n'est pas admissible. Seulement, il ne veut pas qu'on l'ordonne, sans doute elle serait inutile dans les hypothèses où il se place. Si la conviction du juge est dès à présent formée, s'il est en position de formuler un jugement en faveur ou contre le marchand, il serait illusoire de prolonger un litige désormais sans objet.

Mais cette conviction n'est pas toujours facile, les circonstances du procès peuvent jeter, même sur la question de savoir à qui doit être déféré le serment, un doute tel, que le juge éprouve le plus complet embarras. Pourquoi donc ne pas lui permettre de sortir de cette perplexité en s'entourant de nouveaux documents, en cherchant des lumières nouvelles dans une enquête contradictoire. N'est-ce pas pour des cas

[1] *Manuel de droit com.*, p. 51.

pareils qu'est faite la preuve testimoniale? Comment donc le juge qui, dans cette position, userait de la faculté discrétionnaire que lui accorde la loi, encourrait-il le reproche d'en violer le texte et l'esprit?

Quant à celui d'empirer par ce moyen la position du défendeur, il est au moins singulier. M. Bravard, qui veut bien que le magistrat rende le marchand juge dans sa propre cause en lui déférant le serment, ne veut pas lui permettre, avant d'en venir là, d'interroger des personnes désintéressées, et de soumettre le litige à une enquête dans laquelle le défendeur pourra discuter les témoignages produits contre lui et faire entendre ceux qu'il croira utiles à son exception. Evidemment si quelque chose devait empirer le sort du défendeur, ce serait, sans contestation possible, la consécration de l'opinion de M. Bravard.

Ce reproche n'est donc pas sérieux. La doctrine qu'il invoque ne saurait dès-lors être admise. On doit d'autant plus le décider ainsi, qu'au fond cette doctrine n'est que la négation de la faculté, que la loi abandonne à la prudence du juge, de recourir à tous les moyens propres à éclairer sa religion et à rassurer sa conscience.

Nous résumerons cette discussion en rappelant quelques considérations fort judicieuses, à l'aide desquelles le profond Toullier tranche notre question.

« La loi permettant expressément de déférer au marchand demandeur le serment supplétoire à l'appui de ses livres, lorsqu'il y a en leur faveur vraisemblance et présomption de bonne foi, permet implicitement,

par une raison *a fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale; car admettre le témoignage ou le serment du demandeur pour décision dans sa propre cause, c'est infiniment plus que de lui permettre d'invoquer le témoignage de tierces personnes désintéressées, qui ne lie point les juges, et qui, d'ailleurs, est balancé par les témoins que le défendeur peut toujours faire entendre; en permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins; c'est une exception à la règle de l'article 1347, laquelle, au reste, n'est pas limitative. »[1]

257. — Ainsi les livres réguliers des marchands, s'ils ne font pas foi contre les non-commerçants, établissent au moins un commencement de preuve par écrit rendant la preuve orale admissible. Mais cela ne peut s'entendre qu'à raison des fournitures que le marchand aurait fait d'objets de son commerce. L'autorité que la loi a elle-même attachée aux livres, même à l'endroit des non-négociants, n'est que la conséquence de l'impossibilité que nous signalions tout à l'heure, à savoir, d'exiger de chaque acheteur au détail une preuve écrite de l'achat. Conséquemment, là où cette impossibilité n'existerait pas, et où elle ne résulterait pas des usages commerciaux, on n'aurait aucun motif raisonnable d'accueillir la présomption sur laquelle est fondée l'exception à l'article 1347 dont parle Toullier.

Conséquemment, si un négociant répétait contre un

[1] T. VIII, n° 369.

non-commerçant une créance plus ou moins considérable provenant d'un prêt en espèces, ses livres ne pourraient lui être d'aucun secours. Il ne s'agirait plus, en effet, d'un acte qui lui était imposé par sa profession, et sans lequel il n'y a pas de commerce de détail possible. Il aurait fait un traité ordinaire de la vie civile pour la constatation duquel il restait soumis aux prescriptions du droit commun. La responsabilité dont on lui appliquerait les effets ne serait que la juste conséquence de la négligence qu'il aurait mise à leur exécution. La production de ses écritures serait écartée par application de la maxime que nul ne peut se créer un titre à soi-même.

258. — Du principe posé par l'article 12, à savoir, que, pour être admis entre commerçants pour faits de commerce, les livres devaient être régulièrement tenus, il résultait nécessairement que leur irrégularité devait les faire absolument exclure. Quelque puissante que fût cette induction, le législateur ne s'en est pas contenté cependant, il a cru devoir la consacrer formellement dans l'article 13.

Donc les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas rempli toutes les formalités requises, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui est réglé au livre des faillites et banqueroutes.

Ainsi non-seulement les livres irréguliers ne pourront faire preuve de ce qu'ils renferment au profit du

commerçant qui les a tenus, mais encore ils ne sont pas susceptibles d'être produits en justice. Les tribunaux peuvent d'office, et doivent, lorsqu'ils en sont requis, les rejeter purement et simplement du procès dont ils ne peuvent jamais devenir un élément légal de solution. Cette règle, conséquence immédiate du texte de la loi, est consacrée par la jurisprudence. Nous la retrouvons notamment proclamée dans un arrêt rendu par la Cour de Bourges, le 22 août 1817.

Il eût été, au reste, difficile d'admettre le contraire sans méconnaître l'intention de la loi et sans compromettre le but qu'elle a voulu atteindre. Le désir de se créer un titre capable de faire consacrer son droit peut être pour un commerçant un mobile suffisant pour soumettre ses écritures aux formalités qui doivent en garantir l'identité et l'authenticité. S'il peut atteindre au même but sans y recourir, il ne le fera pas, parce qu'il n'aura plus d'intérêt à le faire.

259. — On doit donc tenir la main à ce que les prescriptions de l'article 13 reçoivent une exécution sévère et complète. Les livres irréguliers ne doivent jamais être admis par la justice. Quelles que soient leurs énonciations, elles ne peuvent ni devenir les bases légales d'une condamnation, ni être invoquées à titre de présomptions autorisant le juge à déférer le serment supplétoire. C'est ce que la Cour de Rennes a fort nettement décidé par arrêt du 23 août 1821.

Dans l'espèce de cet arrêt, un sieur Mercier prétendait avoir rapporté d'un sieur Démolière la cession de

la quote-part d'intérêt que celui-ci avait à prétendre dans une association relative à l'armement et à l'exploitation d'un navire dont il avait le commandement. En preuve de cette cession, formellement déniée, Mercier produisait son livre journal, sur lequel il l'avait effectivement inscrite à la date du 20 nivôse an III.

L'affaire ayant été portée devant le tribunal de commerce de Nantes dès l'an V, et divers jugements étant toujours restés sans exécution, ce tribunal en prononça un dernier, le 21 février 1821, par lequel, sans admettre que la preuve de la cession dût être considérée comme résultant du livre irrégulier de Mercier, il trouve dans ses énonciations une circonstance de nature à en faire présumer la sincérité. En conséquence, il admet Mercier à prêter le serment supplétoire qui lui est déféré d'office.

Démolière émet appel de ce jugement. Il discute d'abord les présomptions extérieures invoquées par le premier juge, il soutient ensuite que c'est mal à propos qu'on a cru devoir déférer le serment à son adversaire sur le fondement de ses livres, puisque leur irrégularité devait les faire absolument rejeter du procès.

Ce système triompha devant la Cour. Les motifs qui le firent accueillir sont : Que si aux termes de l'article 12 du Code de commerce, conforme en ce point au droit ancien, les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par les juges pour faire preuve entre commerçants, pour faits de commerce, le législateur a exigé pour la régularité de la tenue de ces livres qu'ils aient été paraphés et visés

une fois l'an, et qu'ils aient été tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge; qu'à défaut de ce, l'article 13, même Code, décide que les livres de commerce, pour lesquels les formalités ci-dessus prescrites n'auront pas été observées, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auraient tenus; en fait, que les livres de Mercier ne sont ni visés ni paraphés, conformément à la loi, et conséquemment ne peuvent faire foi en justice de leur teneur, ni avoir autorisé les premiers juges à lui déférer d'office le serment supplétoire.

Ce qu'il importe de retenir de cet arrêt, c'est l'application du Code de commerce à une opération évidemment réalisée sous l'empire de l'ordonnance, ce qui prouve qu'il ne s'agissait pas seulement de l'absence du visa et du paraphe annuel. Cette formalité, en effet, n'a été introduite que par le Code, l'ordonnance de 1673 ne l'exigeait pas. Comment donc aurait-il été possible de considérer comme irrégulier le journal tenu en l'an III, c'est-à-dire à une époque où la formalité dont on relevait le défaut n'était pas encore obligatoire?

Il est certain que si ce journal avait été signé, coté et paraphé comme l'exigeait l'article 3, titre III de l'ordonnance, il eût été régulier et aurait pu faire foi entre commerçants et pour fait de commerce. L'arrêt de la Cour de Rennes n'est donc, et ne peut être considéré comme juridique qu'en admettant, indépendamment du reproche qu'il renferme dans ses motifs, que le journal n'avait pas été tenu dans les formes exigées

par la législation antérieure au Code. Dans cette hypothèse, en effet, malgré le silence qu'elle gardait sur les effets de sa violation, il n'est pas douteux que la règle depuis consacrée par le Code ne dût être appliqué. La doctrine et la jurisprudence l'indiquaient à l'envi, comme résultant implicitement du texte de la loi.

260. — L'irrégularité des livres ne permet pas de distinguer si le litige s'agite ou non entre commerçants, s'il a pour cause une opération de commerce ou une affaire purement civile. Par cela seul que celui qui les a tenus a omis de se conformer aux formalités prescrites par les articles 8 et suivants, les livres ne peuvent fournir ni preuve, ni présomption ; ils ne sauraient même être représentés en justice. Ils auraient pu être fabriqués après coup pour les besoins du procès, du moins on pourrait le soutenir, et cette supposition, juste conséquence du mépris de la loi, leur enlève absolument toute consistance.

261. — Mais cet effet est exclusivement borné au commerçant qui n'a pas rempli les formalités voulues. Les livres irréguliers ne pourront être représentés en justice, ni faire foi de ce qu'ils contiennent *en faveur de ceux qui les ont tenus*. Si ces termes de l'article 13 avaient besoin d'un commentaire, la discussion législative qu'ils ont subie nous en fournirait un aussi péremptoire que décisif.

262. — Dans le projet primitif du Code, l'article 13 disposait que les livres irréguliers ne feraient aucune foi en justice, ni pour ni contre personne ; mais cette rédaction ne fut pas définitivement admise. On se borna à décider que ces livres ne produiraient aucun effet en faveur de ceux qui les auraient tenus. La déduction logique de cette modification était évidemment qu'en en prohibant la représentation en leur faveur, on l'admettait implicitement contre eux. Cette conséquence, résultant du texte même, est encore bien plus clairement démontrée par l'esprit de la loi.

263. — Cet esprit, que nous puisons dans la discussion au conseil d'État, se fonde d'abord sur cette règle de morale et d'équité, que nul ne doit être puni pour une faute qui lui est étrangère. Or, quelle est la part que le tiers a prise à la tenue irrégulière des livres? A-t-il pu influer sur la conduite de leur détenteur? Pouvait-il le contraindre à agir autrement qu'il n'a fait, et l'obliger à remplir les formalités prescrites? Non évidemment. Dès-lors, on ne devait raisonnablement pas le rendre responsable et victime de leur violation dans une proportion quelconque.

Un autre motif se réunissait à cette inspiration de haute équité. Il fallait se bien garder de donner le moindre encouragement à la violation de la loi. C'en était un que d'admettre que les livres irréguliers ne pourraient jamais être invoqués contre celui qui les a tenus. La certitude de n'avoir jamais à les produire pouvait paraître, à un commerçant de mauvaise foi,

une compensation plus que suffisante à l'impossibilité de pouvoir lui-même y puiser un élément en sa faveur. Lui accorder cette compensation, c'était le récompenser de sa désobéissance, favoriser sa mauvaise foi, et se placer ainsi doublement en opposition à la volonté bien formelle du législateur.

Enfin il était inique de consacrer qu'un commerçant pût trouver dans la violation de la loi un titre suffisant pour se délier d'une obligation dont il pourrait faire disparaître toute trace, en célant ses propres écritures. On lui aurait ainsi permis non-seulement de se placer au-dessus de la volonté du législateur, mais encore de venir effrontément s'en glorifier devant la justice et en réclamer le prix. A une prétention de cette nature, il n'y avait qu'une réponse possible : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

La rédaction définitive de l'article 13 se justifie donc sous le triple rapport de la morale, de la raison et de la justice. Voici la position exacte qu'elle fait au commerçant, aux tiers, aux tribunaux.

264. — Le premier, coupable de la tenue irrégulière des livres, n'est pas recevable à les représenter à l'appui des actions qu'il aura judiciairement intentées, il ne peut y puiser ni preuve, ni présomption à son profit. Pour lui, les livres irréguliers sont comme s'ils n'avaient jamais existés. Ils ne sont pas même de nature à lui faire déférer le serment supplétoire.

265. — Pour les tiers débiteurs ou créanciers, la

loi leur permet de récuser l'autorité des livres irréguliers dont on voudrait se prévaloir contre eux. Ils sont recevables et fondés à en faire prononcer le rejet pur et simple. Mais c'est là une faculté dont l'exercice est exclusivement subordonné à leurs convenances personnelles. Ils peuvent donc, si leur intérêt leur en fait un devoir, non-seulement ne pas s'opposer à leur production, mais encore la requérir de leur chef et contre la volonté du commerçant qui les a tenus. Vainement celui-ci exciperait-il de leur irrégularité. Cette fin de non-recevoir, exclusivement abandonnée aux tiers, ne saurait jamais leur être opposée, surtout par celui qui se la serait plus ou moins frauduleusement ménagée, en commençant par violer les obligations qu'il devait remplir.

266. — Les tribunaux peuvent même d'office ordonner la production des écritures irrégulières, afin de se procurer les éclaircissements qu'ils croient indispensables à la solution du litige. Mais ils ne sauraient faire résulter de leurs indications la nécessité d'une solution favorable à celui qui les a tenues.

Cette faculté a été formellement et expressément réservée lors de la discussion de l'article 13 dans le sein du conseil d'État. Nous avons déjà vu comment avait été primitivement conçu l'article, comment et pourquoi on avait substitué à sa rédaction celle qui nous régit actuellement. M. Bigot de Préameneu faisait remarquer à ce sujet qu'il fallait se borner à dire que les registres qui ne seront pas en règle ne pour-

raient faire foi au profit du marchand, parce qu'il convenait d'autoriser le juge à se les faire représenter, s'il veut prendre cette précaution pour rassurer sa conscience.

Ainsi, tous peuvent recourir aux livres irréguliers, et y trouver des preuves contre leur auteur. Cette règle, qui se déduit du texte même de l'article 13, nous est de plus fort enseignée par son esprit. Nous venons de voir les Cours de Bourges et de Rennes la consacrer d'une manière formelle. Une seule personne n'est pas recevable à s'en prévaloir, c'est le commerçant qui les a tenus.

267. — D'autre part, et lorsque les tiers ou la justice ont demandé ou ordonné la production des livres, il n'y a qu'une personne irrécevable à exciper de leur irrégularité, et c'est encore le commerçant qui les a tenus. Cette règle s'applique même entre associés, par le motif qu'étant également coupables de la violation de la loi, les associés ne peuvent s'opposer l'un à l'autre l'irrégularité des livres de la société, c'est ce qu'enseigne la doctrine. [1]

C'est aussi ce qui résulte de la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a décidé formellement que l'irrégularité des livres de commerce ne peut être invoquée que par les tiers, et non par les parties qui ont tenu ces livres entre elles.

[1] V. Toullier, t. VIII, n°s 387 et suiv.; — Rolland de Villargues, v° *Livre de com.*, n° 54 ; — Pardessus, n°s 258 et 260.

Dans l'espèce soumise à la Cour régulatrice, il s'agissait du bail d'un immeuble accepté par un associé en son nom personnel, mais dont il avait fait jouir la société. Celle-ci s'étant dissoute avant l'expiration du bail, des difficultés s'étaient élevées d'abord sur la question de savoir qui devait rester chargé du bail, ensuite sur la quotité du prix annuel que la société devait payer pour la durée de la jouissance. L'associé prétendait que le taux fût maintenu tel qu'il était porté sur les livres sociaux.

La Cour de Douai, après avoir réglé la jouissance pour les années à courir, avait fait droit pour le passé à la prétention de l'associé, et accepté comme prix sérieux et sincère celui que les écritures indiquaient avoir été annuellement payé.

Son arrêt fut déféré à la Cour suprême, notamment pour violation des articles 12 et 13 du Code de commerce, en ce que les livres à l'aide desquels l'associé établissait le chiffre de la dépense étant irréguliers comme non revêtus des formalités prescrites par les articles 8 et suivants du Code de commerce, l'arrêt n'avait pu en faire la base de sa décision.

Mais ce moyen ne fut point accueilli. « Attendu que la prétendue irrégularité des livres n'a été en aucune façon démontrée; attendu d'ailleurs, qu'alors même que cette irrégularité serait prouvée, elle n'aurait pu être alléguée que par les tiers et non par les parties qui avaient elles-mêmes tenu ces livres. »[1]

[1] Cass., 7 mars 1837, *J. D. P.*, t. II, 37, p. 11.

268. — Ainsi donc, l'exception tirée de l'irrégularité des livres est ouverte à tous les ayant-droit. Elle n'est interdite qu'au commerçant dont ces livres émanent. Mais cette exception n'est qu'une faculté à laquelle les tiers peuvent renoncer. Ils sont donc libres de ne pas les repousser lorsqu'ils sont produits. Ils peuvent même en exiger la production, ainsi que nous l'établirons sous les articles suivants.

A cet égard, il n'y a plus à distinguer ni sur la qualité des personnes, ni sur le caractère de l'acte. Que le litige s'agite ou non entre commerçants; que la cause en soit ou non commerciale, cela importe peu. Nous aurons seulement à noter les divers effets que le refus de la production demandée produirait dans ces diverses hypothèses. [1]

269. — Les créanciers sont, en règle générale, représentés par leur débiteur dans tous les actes par lesquels ce dernier croit devoir administrer sa fortune. Ils doivent donc en subir les effets, tout comme le débiteur y serait tenu lui-même.

De là cette conséquence que les créanciers d'un failli seraient liés par les indications des livres que celui-ci aurait irrégulièrement tenus, à moins qu'ils ne justifiassent que ces indications n'ont été faites qu'en fraude de leurs droits, par le résultat d'une collision entre le débiteur et celui qui est appelé à en retirer le bénéfice.

[1] *Vid. infrà*, art. 15 et 16.

Ainsi, le souscripteur d'effets de complaisance, qui en a payé le montant aux tiers-porteurs, peut prouver le caractère de l'opération par les livres du failli, et se porter créancier de la faillite pour toutes les sommes ainsi avancées, ou obtenir la restitution des billets se trouvant encore dans le portefeuille du failli. La masse ne serait pas recevable à exciper de l'irrégularité des livres. Elle ne pourrait même en récuser l'autorité que si elle établissait que, le souscripteur étant réellement débiteur, l'indication le constituant simple tireur de complaisance n'est qu'une fraude pour enlever aux autres créanciers cette partie de l'actif. C'est ce que la Cour de Rouen a très judicieusement consacré par un arrêt fort remarquablement motivé.[1]

270. — Voilà donc la première et énergique sanction que la loi a donnée à l'obligation de tenir des livres, et à celle de les soumettre aux formalités devant en garantir la sincérité en les authentiquant. Il en est une autre non moins efficace qui ne s'arrête plus à une simple blessure pour l'intérêt privé, qui ne va à rien moins qu'à compromettre l'honneur et la liberté.

Pas plus que l'ordonnance de 1673, le Code de commerce n'a entendu contraindre à l'exécution matérielle de ses dispositions. Il donne des conseils plutôt que des ordres. Il dépend des commerçants de les exécuter, et, s'ils ne le font pas, personne n'a le droit de le trouver mauvais. Mais à la condition, comme l'observait fort

[1] 23 mai 1825.

judiciairement Savary, que ceux qui ont usé de cette liberté n'aient jamais aucun différent avec personne pour raison de la vente ou l'achat de leurs marchandises; que pour établir leurs demandes ou leur défense en justice, ils n'aient pas besoin de livres; qu'ils paient toujours bien leurs dettes; qu'ils soient assurés de faire toujours bien leurs affaires; qu'il ne leur arrive jamais d'éprouver des pertes considérables qui les mettent hors d'état de pouvoir payer ce qu'ils doivent.[1]

En effet, si une difficulté surgit sur une vente ou sur un achat, ils auront à regretter amèrement de n'avoir pas obéi à la loi. Les livres irréguliers auxquels ils auraient recours ne pourront jamais faire foi en leur faveur, tandis qu'ils prouveront contre eux. S'ils demandent le paiement d'une créance dont ils n'auraient d'autre titre que ces livres mêmes, ils ne pourront en obtenir le paiement, que la régularité de leurs écritures leur aurait fait vraisemblablement obtenir.

C'est bien pire encore si des revers inattendus les réduisent à recourir à un arrangement ou les font déclarer en état de faillite. Les créanciers, la justice elle-même pourront supposer que les livres irréguliers qu'ils produisent ont été fabriqués après coup et pour les besoins de la faillite, que les véritables écritures ont été soustraites dans l'intention de masquer leur situation réelle, ce qui les expose à toutes les rigueurs d'un emprisonnement préventif, aux humilia-

[1] *Parfait négociant*, t. I, p. 293.

tions et aux dangers d'une accusation de banqueroute frauduleuse.

Ce danger évité, reste la banqueroute simple, et l'article 586 est tellement exprès, que son application peut résulter de l'omission matérielle des formalités voulues par la loi. La fraude n'est pas même exigée.

Enfin et en dernière analyse, l'irritation des créanciers, les soupçons plus ou moins fondés que l'irrégularité des écritures pourra leur faire concevoir peuvent être un obstacle invincible à tout concordat. Les faillis ne pourront donc rien acquérir par la suite, sans être exposés aux poursuites dont la faculté résulte éternellement du contrat d'union.

Ainsi, préjudice pour l'intérêt privé pendant toute la durée du commerce; en cas de faillite, emprisonnement préventif, humiliation d'un débat criminel ou correctionnel, atteinte éternelle à l'honneur et à la considération naissant d'une condamnation, impossibilité de revenir à meilleure fortune créée par le contrat d'union; voilà les fruits que le mépris des dispositions de la loi est dans le cas de produire. N'est-ce pas l'occasion de s'écrier avec Savary : Se trouvera-t-il quelque négociant qui puisse, à moins d'avoir perdu la raison, courir de pareilles chances plutôt que de se soumettre à des formalités dont l'exécution ne doit occasionner aucun frais!

—

ARTICLE 14.

La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite.

SOMMAIRE.

271. Exception que devait subir le droit de se faire communiquer toutes les pièces dont excipe l'adversaire.
272. Respect que le droit romain professait pour les secrets des affaires d'un citoyen.
273. Nécessité qu'il en soit ainsi pour les affaires commerciales.
274. Conséquences que pouvait entraîner la communication des livres.
275. Sentiment de Casaregis sur ce point.
276. Inconvénient qu'avait entraîné en France le système contraire que l'ordonnance de 1673 proscrivit.
277. Le Code de commerce a adopté la règle et les exceptions tracées par celle-ci.
278. Nature et caractère des exceptions.
279. Droit de l'héritier à la communication des livres de son auteur.
280. Ce droit est commun aux héritiers légitimes et testamentaires.
281. Quand les légataires particuliers et les donataires pourront-ils réclamer cette communication ?
282. Comment on peut résumer, sur cette première exception, l'intention du législateur.
283. Fondement de l'exception en faveur du communiste.
284. Le droit de celui-ci passe à ses héritiers.
285. Droit de l'associé. Peut-il être exercé avant le partage ?

271. — Il est de principe, en matière de contestations judiciaires, que les parties ont le droit d'exiger la communication des pièces dont on excipe contre elles. Ce droit existe même à l'égard des pièces signifiées et versées au procès. Les nécessités de la défense sont dans le cas d'exiger la représentation des originaux, soit pour s'assurer de la fidélité et de l'exactitude de la copie, soit pour vérifier certains passages qu'on pourrait croire tronqués ou supposés.

Ces nécessités comprises par le législateur sont devenues la matière de dispositions tendant à les satis-

faire. Le Code de procédure, après les avoir sanctionnées, consacre un paragraphe à en réglementer l'exécution. [1]

Mais ce droit devait s'arrêter dans certaines circonstances, surtout lorsque, n'ayant pas à s'exercer sur un titre spécial et déterminé, sa concession aurait eu pour objet de livrer à un tiers le secret des affaires de son adversaire. On se trouvait, dans ce cas, en présence de susceptibilités consacrées par des raisons de haute convenance sociale et d'intérêt général, qu'il était urgent dès-lors de respecter. Le secret de ses propres affaires est un patrimoine inviolable sur lequel le législateur a, de tout temps, veillé avec la plus constante sollicitude. C'est par une juste application du respect qui lui est dû, que le Code Napoléon a autorisé le retrait successoral, et écarté de l'inventaire les créanciers opposants.

272. — Cette règle avait été énergiquement proclamée par le législateur romain, qui n'avait pas hésité à sanctionner les précautions les plus capables d'en assurer le maintien. Ce qu'il fallait conserver avant tout, même contre les droits spécialement créés par la loi, c'était le secret de la famille : *Quid enim tam durum, tamque inhumanum est, quam publicatione pompaque rerum familiarum, et paupertatis detegi vilitatem, et invidiæ exponere divitias.* [1]

[1] V. art. 188 et suivants du Code de procédure civile.
[1] L. II, Cod. *de quando et quibus quarta pars*, etc....

273. — Si l'immixtion, si la connaissance acquise par une intervention indiscrète dans les affaires d'autrui est une chose grave et regrettable en matière ordinaire, à combien plus forte raison ne saurait-on lui refuser ce double caractère lorsqu'il s'agit d'affaires de commerce!

Le secret est pour le négociant l'âme de ses opérations, l'élément le plus essentiel, le plus indispensable à leur succès. Cacher à ses concurrents, à ses rivaux, le mode de son exploitation, la connaissance des moyens qu'il emploie, leur soustraire le nom de ses correspondants, la connaissance des lieux où il a l'habitude de s'approvisionner, peut devenir pour lui une question de vie ou de mort; le législateur l'a si bien senti, qu'il a permis au commissionnaire commercial d'agir en son propre et privé nom, quoique pour le compte d'un tiers.

274. — Or, per.:ettre la communication des livres d'un commerçant, c'était non-seulement divulguer le secret des affaires de famille, puisque toutes les affaires, même non commerciales, doivent y figurer, mais encore livrer à un concurrent, à un rival, à un jaloux, l'avenir commercial de celui à qui cette communication était demandée; révéler le mode de ses opérations, le nom de ses correspondants, apprendre comment et dans quels lieux il réalisait ses approvisionnements.

C'était plus encore, une communication de ce genre, en indiquant les correspondances, enseignait également leur situation, établissait leur crédit et surtout leur

débit. Elle compromettait dès-lors une foule de gens dont l'existence commerciale pouvait être ruinée ou profondément atteinte par une indiscrétion même involontaire, livrant au public un secret qui devait rester éternellement enfoui entre le débiteur et le créancier.

Enfin un dernier et immense inconvénient de la communication des livres était le danger réel, inévitable qu'elle pouvait offrir pour le commerçant. On sait que dans le commerce le crédit supplée au capital, et suffit bien souvent pour acquérir celui-ci lorsqu'il n'a jamais existé, pour le reconquérir lorsqu'il a été perdu. Mais le crédit ne s'attache qu'à celui qui est présumé posséder un capital de nature à offrir une garantie. Supposez que celui dont on communique le livre ne se soutienne plus que par la confiance qu'il inspire, est-ce que la connaissance de sa position réelle n'aura pas pour résultat de compromettre cette position, de lui arracher tout crédit? Il se verra donc contraint de s'arrêter et peut-être de recourir à une faillite, tandis que, sans la communication de ses livres, il eût pu continuer ses opérations longtemps encore, et arriver à une meilleure fortune.

275. — On comprend dès-lors pourquoi la législation des nations commerçantes interdisait la communication des livres. Cette règle était admise en Italie. On ne tolérait leur production que par une fiction assez ingénieuse. Celui qui traitait avec un marchand, obligé de transcrire toutes les opérations qu'il réalisait, était

censé lui donner le mandat de porter sur ses livres la mention de celle qui se passait entre eux, il était donc présumé, lorsqu'il demandait la production des livres, agir en qualité de mandant, et pour s'assurer si son mandat avait été rempli.[1] De là cette conséquence que la production devait se borner à la page sur laquelle se trouvait inscrite l'opération litigieuse: *Notandum est quod mercatores, licet teneantur libros exhibere, eos attamen exhibere non tenentur, nisi in ea parte aut pagella quæ adest controversia.*[2]

276. — Il paraît qu'en France, avant l'ordonnance de 1673, on avait méconnu ce principe tutélaire et autorisé la communication. Ce qui était résulté de cet état de choses, c'est que celui à qui cette communication était demandée se refusait souvent à la faire. Par là il perdait son procès sans doute, mais il évitait l'inconvénient bien plus grave de rendre un tiers confident des secrets de son commerce et de sa véritable situation.

Savary, qui atteste cette pratique, l'approuve hautement. « Il faut remarquer, dit-il, que quand un marchand demandait en justice à un autre la représentation de ses registres, pour prendre droit par iceux, souvent celui à qui elle était demandée alléguait n'avoir point de registres, quoiqu'il en eût, afin qu'étant déposés au greffe, l'on ne pût pas voir ses autres af-

[1] Casaregis, *disc.* 102, n° 5.
[2] Id., *disc.* 30, n° 79.

faires, parce qu'il en était arrivé plusieurs inconvénients; et, en effet, il n'est pas juste qu'un négociant qui demande à un autre la représentation de ses livres pour justifier sa demande ou sa défense, ait connaissance des autres choses qui sont écrites en iceux et qui ne le regardent pas. »[1]

L'ordonnance de 1673 fit justement cesser cet état de choses, et consacra les véritables principes de la matière, en prohibant désormais toute communication des livres. L'article 9, titre III, n'admet d'exception à cette prohibition qu'en cas de succession, communauté, partage de société ou de faillite.

277. — Le même principe et les mêmes exceptions se retrouvent dans notre Code. Les justes motifs auxquels le législateur de 1673 avait cédé, ne pouvaient échapper au législateur de 1807. Les inconvénients et les dangers qu'on avait voulu prévenir à une époque devaient également l'être à cette dernière. On devait donc s'arrêter à des résultats analogues.

Aujourd'hui, donc, la loi garantit aux commerçants le secret absolu de leurs affaires, de leurs spéculations, de leur correspondance. La communication de leurs livres ne saurait être ordonnée en justice, c'est-à-dire que nul ne serait recevable à en demander soit le dépôt au greffe, soit la remise amiable sur récépissé, et les rendre ainsi l'objet d'une libre et minutieuse investigation.

[1] *Parfait négociant*, t. I, p. 295.

278. — Le fondement rationnel et juridique de cette règle faisait assez prévoir les exceptions qu'elle était susceptible de recevoir. Il ne faut pas que des tiers surprennent, surtout au prix d'une mauvaise contestation, un secret qui doit leur rester éternellement caché. Dès-lors, lorsque celui qui veut s'y faire initier n'est pas un étranger; si, ayant un intérêt incontestable à la communication des livres, il peut étayer cet intérêt sur un droit non moins incontestable, à quel titre et pourquoi la lui refuserait-on?

Or, telle est évidemment la position de l'héritier, du communiste, de l'associé, de la masse des créanciers et de chaque créancier dans le cas de faillite. C'est donc avec juste raison que l'article 14 les excepte de la prohibition qu'il fait de cette communication.

279. — Il n'est pas douteux que si un commerçant décède en laissant plusieurs héritiers, chacun de ceux-ci a un droit égal, nous ne dirons pas à la communication des livres, mais à leur propriété. Il faut cependant faire choix d'un dépositaire, mais la nomination de celui-ci n'est pas une rénonciation à un droit dont l'utilité se fera surtout sentir lorsqu'il s'agira de déterminer l'actif de la succession.

A quelque époque donc que se réalise la demande en communication de la part de l'héritier, elle doit être accueillie, il ne fait qu'user d'un droit que lui attribue sa qualité de copropriétaire, il ne cherche pas à pénétrer dans le secret d'une famille qui lui soit étrangère,

il ne demande que le moyen d'éviter un préjudice dont on pourrait vouloir le rendre victime.

On ne pourrait non plus lui objecter qu'il n'a pas le droit de s'immiscer dans les affaires commerciales du défunt. Il est, en effet, appelé, comme tous les autres cohéritiers, à continuer le commerce de son auteur, s'il le juge convenable. Il a dès-lors qualité et droit à en pénétrer tous les mystères, à en connaître les développements, dans le cas où, ayant conçu ce projet, il voudrait le réaliser.

280. — Le droit que nous reconnaissons aux héritiers légitimes appartient aux héritiers testamentaires. Ainsi les légataires universels ou à titre universel peuvent et doivent être admis à prendre communication des livres du testateur. Cette communication, en effet, leur est indispensable pour déterminer la quotité vraie de l'émolument qu'ils ont à percevoir, et qui, surtout pour les légataires à titre universel, est nécessairement subordonnée à la composition de la masse active de la succession. Or, comment procéder à cette composition sans le secours indispensable des livres?

281. — Quant aux légataires à titre particulier, on ne saurait prévoir qu'ils aient jamais besoin de recourir à une pareille communication. La délivrance qui leur est faite des objets qui leur sont légués les désintéresse complètement et les rend désormais étrangers à la succession. Cependant si cette délivrance leur était totalement ou partiellement refusée, soit sous

prétexte d'insuffisance de l'actif par rapport au passif, soit pour cause d'excès sur la quotité disponible donnant lieu à une réduction, ils se verraient appelés à établir la consistance réelle de la succession, et à se défendre contre tout refus. Comment pourrait-on dès-lors leur contester la communication des livres qu'ils réclameraient dans cet objet?

Il est vrai que le droit romain, en pareil cas, voulait que le légataire ou portionnaire s'en référât au serment des héritiers sur la consistance du mobilier. Mais cette obligation était spécialement imposée à la curie, relativement au quart qu'elle était appelée à recevoir dans la succession des décurions. La loi qui avait exigé cette part, par des motifs que nous n'avons pas à rechercher, avait bien pu soumettre la curie à cette condition. Ce qui est certain, c'est que nous ne la trouvons nulle part répétée à l'endroit des légataires appelés par le testateur lui-même. [1]

Dans tous les cas, le Code Napoléon ne consacre rien de semblable. Quel que soit le titre d'un successeur, sa qualité résultant du testament lui donne le droit de recevoir intégralement ce dont il a été gratifié. Il peut donc, lorsque dans l'exécution on lui conteste la quotité lui revenant, établir contradictoirement la consistance de la succession, et prendre communication de tous les documents conduisant à ce résultat. De quoi se plaindraient d'ailleurs les héritiers légitimes ou les légataires universels? Si cette communi-

[1] Liv. II, Cod. *de quando et quibus quarta pars*, etc....

cation est de nature à leur occasionner un préjudice, ils ont un moyen bien simple de l'empêcher, celui de désintéresser le légataire particulier. Si, au lieu de le faire, ils lui disputent son legs, ils ne sauraient échapper à la nécessité d'une mesure que le droit de défense commande impérieusement.

Le donataire est également, quant aux choses données, le représentant du donateur. Conséquemment, si au décès de celui-ci la donation est attaquée en réduction, sa défense ne pourrait être complète, s'il ne lui était pas permis de se faire communiquer les livres et écritures. C'est, en effet, par la détermination de la masse active qu'on pourra juger s'il y a lieu ou non à réduction. Le donataire devant la supporter est donc appelé par la force des choses à débattre les éléments de cette détermination, à y ajouter ceux qui auraient été omis ou négligés par les héritiers, et à prouver que la quotité disponible n'a pas été dépassée. Tout cela, il ne pourrait le faire si on lui cachait les documents les plus essentiels, c'est-à-dire les livres. Il serait donc recevable et fondé à en faire ordonner la communication par leur dépôt au greffe, ou par leur remise amiable sur récépissé.

282. — Ainsi l'intention du législateur peut se résumer dans cette simple proposition : lorsqu'il s'agira de l'exécution d'un traité créant pour chaque partie des obligations et des droits ; lorsque le demandeur n'aura à invoquer que sa qualité personnelle de contractant, la communication des livres n'est et ne

doit pas être autorisée ; lorsque, au contraire, cette communication n'est réclamée que comme représentant, en quelque qualité que ce soit, du commerçant qui les a tenus, pour conserver ou pour accroître l'avantage qu'on tient de lui, elle ne saurait être refusée. Alors, en effet, le litige porte sur la succession, et se place dès-lors sous l'empire de l'article 14.

283. — Le droit de propriété du communiste ne saurait être ni méconnu ni contesté. Les livres tenus à l'occasion de l'administration de la chose commune appartiennent donc, dans une proportion déterminée, à tous et à chacun des membres de la communauté. La loi ne pouvait dès-lors pas hésiter sur la question de savoir si ces livres seraient ou non communiqués. Le communiste demandant la communication ne fait qu'user d'un droit incontestable, attribut inséparable de sa copropriété. La lui refuser, c'était le livrer à la merci de ses cointéressés, et le forcer à se contenter de la part qu'ils voudraient bien lui faire.

Cela eût été d'autant plus injuste, que ceux-ci ne pourraient invoquer que des titres s'appliquant à tous ; que les affaires n'ont jamais été traitées que pour le compte de tous ; qu'au moyen des ressources fournies par eux tous ; que conséquemment les résultats ont été acquis en faveur de tous et dans les proportions convenues. Dès-lors le communiste réclamant ne demande qu'à être initié au secret de ses propres affaires. Le refus qu'on ferait de la communication des livres ne pourrait donc plus s'étayer sur aucun des motifs qui l'ont fait



admettre en matière ordinaire. L'autoriser en cet état, eût été méconnaître le droit sacré de propriété et violer cette maxime d'équité : *Cessante causa, cessat effectus.*

284. — Les héritiers du communiste, appelés à succéder à ses obligations, succèdent également à ses droits, dès-lors ils peuvent, lors de la liquidation de la communauté, exiger la communication des livres de la même manière qu'aurait pu le faire leur auteur. La copropriété résidant désormais sur leur tête a pour premier effet de leur conférer le droit de percevoir l'intégralité de ce qui leur revient. Comment pourraient-ils l'exercer d'une manière utile, si on ne leur permettait pas de constater la consistance de la communauté par les seuls documents capables de l'établir ?

285. — A son tour, la société n'est autre chose qu'une véritable communauté. Le capital social, les bénéfices résultant de son exploitation sont la propriété commune de tous les intéressés. Les considérations que nous venons d'exposer reçoivent donc leur application incontestable à l'endroit des associés et de leurs héritiers.

Cependant l'article 14 semble, en ce qui les concerne, subordonner la communication à la liquidation de la société. En effet, en parlant de celle-ci, elle s'exprime différemment de ce qu'elle a fait pour les succession et communauté. Elle précise l'époque où la communication pourra être exigée, en cas de partage

de sociétés. Faut-il conclure de là que cette mesure ne pourrait être réclamée et ordonnée pendant la durée de la société?

Le décider affirmativement serait se méprendre étrangement sur l'intention du législateur et sur la portée et le caractère de la locution dont il s'est servi. Cette locution n'est que la conséquence d'un état de choses que les auteurs de la loi ne pouvaient se dissimuler, à savoir, l'inutilité de prescrire une communication, alors qu'il était impossible d'en prévoir la nécessité.

Le partage, en effet, réalise les droits de l'associé, mais ne les crée pas. Ces droits résultent de la société elle-même qui, établissant une communion, donne par cela même la copropriété à chaque communiste. C'est cette copropriété dont le partage a pour objet de régler les effets et les conséquences.

Tant que l'indivision, que l'administration commune se continuent, le législateur n'avait pas à se préoccuper de la communication des livres et écritures. Elle s'opère naturellement, nécessairement par les relations liant les associés entre eux. Chacun d'eux les a en sa possession dans le comptoir social, qu'il est appelé à fréquenter habituellement et librement. A quoi bon, dès-lors, réglementer un droit tellement inhérent à la qualité de la personne, que celle-ci en fait admettre nécessairement l'exercice?

La rupture du lien social ne substitue que trop souvent l'aigreur et la discorde aux relations bienveillantes ayant existé jusque là. Alors aussi, avec la nécessité



du partage, peut naître, chez un ou plusieurs des associés, l'intention de s'avantager au détriment des autres. Alors aussi, le besoin d'une communication loyale des livres et registres sociaux pouvait se faire sentir. C'est dans cette éventualité que s'est placé le législateur, et c'est pour trancher toutes difficultés qu'il a spécialement consacré le droit incontestable de chaque associé. Il n'a pas voulu que, sur un prétexte quelconque, celui d'entre eux qui aurait conservé les écritures en qualité de liquidateur pût prétendre les dérober aux investigations de ses anciens associés.

Ainsi, la communication entre associés n'est nommément prévue que dans l'hypothèse du partage de la société. On a cru prudent de la prescrire au moment où le besoin devait s'en faire plus particulièrement sentir. Mais on ne saurait voir dans cette disposition l'exclusion de la mesure pendant la durée de la société. Cela est d'autant moins douteux, que le droit de l'exercer est inhérent à la qualité d'associé, et que si elle est maintenue pour le cas de partage, c'est que, en ce qui la concerne, on a voulu faire survivre cette qualité à la rupture du lien social.

Conséquemment, si, pendant la durée de ce lien, des difficultés surgissent entre associés, chacun d'eux a le droit incontestable d'invoquer les livres sociaux, d'en demander et d'en obtenir la communication la plus entière et la plus indéfinie.

286. — Ce droit n'est pas exclusivement attaché à la qualité d'associé en nom collectif. Résultant de la

communion d'intérêt à quelque titre qu'elle s'opère, il suffit que celle-ci existe pour que les ayant-droit puissent le revendiquer.

Ainsi les associés commanditaires, quoique qualifiés par la loi de bailleurs de fonds, n'en sont pas moins de véritables associés, tout au moins des communistes en proportion des sommes qu'ils doivent fournir. Par rapport à eux, en effet, la société constitue un être moral, représentant sinon leur personne, au moins leur mise, que le gérant engage en s'engageant lui-même. Ils ne doivent pas moins retirer une quote-part dans les bénéfices et subir la perte, quoique dans une proportion déterminée.

Dès-lors, si des difficultés naissent sur le paiement de la mise, ou sur la quotité des bénéfices à répartir, on ne saurait leur contester la faculté de se faire communiquer les livres pour justifier l'un, ou pour faire rectifier le compte que le gérant leur aurait présenté.

287. — Il en est de même des actionnaires d'une société anonyme. Ici, les personnes s'effacent, mais les capitaux restent. Ceux-ci sont seuls l'objet de l'administration qui porte sur une masse commune appartenant aux divers actionnaires.

Chacun d'eux, dès-lors, ne saurait se voir refuser la communication des livres sociaux. On ne pourrait lui objecter qu'il cherche à s'immiscer dans le secret des affaires d'autrui. C'est celui de ses affaires propres qu'il veut pénétrer, ce qu'il a incontestablement le droit de faire, ne fût-ce que pour contrôler les comptes que le gérant doit périodiquement présenter.

288. — Dans l'une et dans l'autre hypothèse, la communication des livres pourrait d'autant moins être refusée, qu'indépendamment de tout litige, les commanditaires et les actionnaires n'ont d'autre moyen de contrôler l'administration du gérant. Qu'ils aient le plus haut intérêt à la connaître, c'est ce qui ne saurait être contesté. On ne saurait les contraindre à subir jusqu'au bout les écarts et les excès devant nécessairement aboutir à une faillite. Comment cependant pourront-ils faire remplacer le gérant, ou même poursuivre la dissolution de la société, si celui-ci peut les tromper sur la véritable situation des affaires, en leur dérobant la connaissance des écritures? Dans cette hypothèse, remarquons-le bien, c'est avant le partage que la communication sera demandée, et l'on ne saurait admettre que les termes de l'article 14 puissent jamais être invoqués comme créant une fin de non-recevoir.

289. — La jurisprudence a admis que le capitaliste peut, outre la restitution du capital et des intérêts légaux, stipuler une part déterminée dans les bénéfices.[1] Une pareille clause constitue, quant à ces bénéfices, une véritable société et confère conséquemment au bailleur de fonds le droit de se faire communiquer les livres lorsqu'il s'agira de liquider et partager. Refuser cette communication, ce serait reconnaître le principe et en nier les conséquences. Or, qui veut la fin, veut les moyens, et puisque l'associé aux bénéfices a qualité

[1] V. notre *Traité du dol et de la fraude*, n°s 1070 et suivants.

pour se faire intégralement payer la part qui lui a été promise, il doit avoir la faculté d'en établir la juste quotité. L'unique moyen de le faire est la communication des livres. Il est donc recevable et fondé à l'exiger.

290. — La Cour de Rouen a cependant décidé le contraire, par arrêt du 7 juillet 1832. Mais cette décision ne saurait créer un précédent contre notre solution, ni acquérir la moindre autorité comme doctrine. En effet, elle ne fait qu'apprécier l'espèce qui lui était soumise, et dans laquelle la Cour reconnaît l'absence de toute société. Cette espèce la voici :

Un sieur Plotel avait prêté au sieur Bachelet, son beau-frère, pour former un établissement de commerce, deux sommes : l'une de 12,600 fr., l'autre de 6,000 fr.; il devait avoir un tiers dans les bénéfices. Bachelet lui envoya, en effet, un compte de 1819 à 1825, en lui annonçant qu'il le créditait de 16,800 fr., montant de sa part des bénéfices. Plotel soutint que sa part devait s'élever plus haut, et il demanda la production des livres.

Par jugement du 6 août 1831, le tribunal de commerce du Havre rejette cette prétention dans les termes suivants : « Attendu que le tiers des bénéfices accordé par Bachelet l'était d'une manière bénévole; que c'était une libéralité spontanée; que dès-lors il était libre de fixer l'étendue de son don, et qu'on ne pouvait l'obliger à exhiber ses livres. »

Appel, et, 1er mai 1832, arrêt interlocutoire de la

Cour de Rouen, ordonnant que Bachelet sera interrogé sur faits et articles. Dans son interrogatoire, celui-ci déclare que « voulant reconnaître les services que Plotel lui rendait, il lui aurait promis, à titre d'indemnité et de reconnaissance, un tiers dans les bénéfices nets de son commerce, sans limiter l'époque, etc... »

L'arrêt définitif, rendu le 7 juillet suivant, confirme la décision du tribunal. « Attendu, dit la Cour, que des faits de la cause il résulte qu'il n'existait pas entre les parties de véritable association, mais simplement que le sieur Bachelet avait voulu faire un don à son beau-frère, et que les renseignements fournis par lui ne tendaient qu'à prouver sa loyauté et sa bonne foi. »

Ainsi la Cour de Rouen constate en fait qu'il n'y a pas société entre les parties. La conséquence qui découlait de ces prémisses était l'inapplicabilité forcée de l'article **14**, et dès-lors le refus de la communication réclamée. C'est ce que la Cour de cassation va elle-même constater.

En effet, Plotel s'étant pourvu en cassation contre l'arrêt de Rouen, la Cour suprême rejette le pourvoi. « Attendu qu'en l'absence de tout acte, et en présence des pièces produites, l'arrêt a déclaré en fait qu'il n'avait jamais existé de société entre les parties; qu'ainsi, loin d'avoir violé l'article **14**, l'arrêt s'y est au contraire conformé. »[1]

291. — Quelle influence ces deux monuments de

[1] Cass., 2 juillet 1833.

jurisprudence peuvent-ils exercer sur la solution à laquelle nous nous sommes arrêtés? Aucune évidemment. Remarquons bien qu'ils ne refusent la communication des livres que parce qu'ils constatent en fait qu'il n'y a pas société, et cette absence de société ils ne l'induisent pas de ce que l'obligation par le commerçant d'abandonner à un tiers une quotité de ses bénéfices ne constituerait pas une association. Ce qui les porte à exclure celle-ci, c'est le défaut de titre de la part du tiers, et ce défaut, que l'arrêt de Rouen faisait présumer, est expressément relevé par la Cour de cassation.

Conséquemment, si le demandeur avait produit un titre régulier établissant son droit à la participation des bénéfices, il n'est pas douteux que la décision eût été diamétralement contraire, et que la société, dès-lors prouvée, n'eût été admise, et avec elle la nécessité de communiquer les livres. C'est ce que les arrêts de Rouen et de la Cour de cassation font naturellement présumer.

Loin donc de contrarier notre doctrine, ces deux arrêts la recommandent et l'appuyent. Il est évident que, ne refusant communication des livres que parce que, dans l'espèce, il n'y avait pas société, l'un et l'autre décident implicitement que, si cette société avait existé, la communication eût été ordonnée.

Mais nous allons plus loin encore. La Cour de cassation, s'arrêtant devant l'appréciation de fait consacrée par la Cour de Rouen, ne faisait qu'obéir à la loi de son institution. Mais celle-ci consacrait-elle un principe bien juridique en décidant que l'abandon à titre

gratuit d'une part dans les bénéfices ne constituait pas une véritable association? Est-ce qu'une pure libéralité n'engage pas le donateur aussi irrévocablement qu'une obligation ordinaire, et peut-on lui reconnaître le droit de modifier sa disposition, sans méconnaître la loi? Poser ces questions, c'est les résoudre. Il dépend toujours du donateur de poser à sa libéralité telles limites qu'il juge convenables, mais lorsque, dans l'origine, il ne s'est arrêté à aucune, il ne peut plus en revendiquer dans l'exécution.

Or, dans l'espèce, ce qui avait été promis, c'était le tiers des bénéfices. Ce qui devait être délivré, c'était cette quotité. En faire dépendre la détermination de la volonté exclusive du donateur, c'était, contrairement à la loi, lui permettre de revenir sur l'engagement qu'il avait contracté.

Etait-ce vrai, d'ailleurs, que dans l'espèce cette concession fût une pure libéralité? Plotel n'avait-il pas avancé des sommes importantes? Ne courait-il pas la chance de les perdre, si le commerce projeté ne réussissait pas? N'était-ce donc pas en compensation de cette chance que l'on avait abandonné une portion dans les bénéfices? Tout cela, il faut en convenir, ne manquait pas de probabilité, était même plus vraisemblable qu'un abandon spontané et volontaire d'une portion, dans les bénéfices, aussi considérable qu'un tiers. Quel est le commerçant capable de consentir un pareil sacrifice, si rien ne le contraint à le faire?

Nous ignorons les circonstances particulières qui ont pu déterminer la Cour de Rouen à faire pencher la

balance de ce côté, mais ce que nous ne saurions admettre, c'est qu'on puisse, sous le prétexte d'une libéralité, annuler une convention certaine. Quel qu'en ait été le mobile, l'abandon d'une part dans les bénéfices constitue un droit indéterminé, dont la liquidation dépend de la quotité intégrale du bénéfice, et comme cette liquidation ne peut s'opérer qu'au moyen des livres, leur communication ne saurait être refusée à ce portionnaire.

292. — Le commis intéressé dans les bénéfices doit être assimilé au prêteur dont nous venons de parler. Dès-lors, et par identité de raisons, on doit lui reconnaître le droit d'obtenir la communication des livres, lorsque, s'agissant de régler la part lui revenant, il faudra établir la totalité des bénéfices réalisés.

Vainement objecterait-on que le lien existant entre le commis et son patron ne constitue pas une société proprement dite, il n'en est pas moins vrai que les bénéfices sont, quoique dans des proportions différentes, la chose commune de l'un et de l'autre; que, pour fixer la part afférente au commis, il faut d'abord établir le chiffre total du bénéfice; que cette détermination ne peut résulter que de la vérification des livres et écritures. Leur communication est donc inévitable et forcée, à moins de consacrer que le commis est réduit à subir la loi que le patron voudra bien lui imposer.[1]

[1] Lyon, 21 février 1844, *J. D. P.*, t. II, 1845, p. 391

293. — C'est en effet ce qu'on a essayé de faire prévaloir, en se plaçant sous l'empire de la disposition de l'article 1781 du Code Napoléon. Le maître, disait-on, doit être cru sur son affirmation, soit pour la quotité des gages, soit pour les à-comptes donnés. Pourquoi donc ne le croirait-on pas lorsque la détermination des bénéfices ne doit avoir pour effet que de fixer le montant des gages à percevoir?

Parce que, répondait très judicieusement la Cour de Lyon, les dispositions de l'article 1781 du Code Napoléon n'embrassent que des intérêts fort bornés, et qui ne sont ordinairement réglés que verbalement; que dès-lors le législateur, à défaut de tout autre document, a dû s'en rapporter à l'affirmation de celui qui, par sa position, lui paraissait le plus digne de confiance; mais que cette règle si exorbitante du droit commun ne saurait, sans de graves inconvénients, sortir de sa spécialité ; [1]

Parce que, lors même que l'article 1781 pourrait, par analogie, s'appliquer aux relations de négociant à commis, ce ne serait, dans tous les cas, qu'autant que le commis recevrait un salaire fixe;

Parce que, lorsque, outre ce salaire fixe, le commis a droit à une part proportionnelle dans les bénéfices, l'importance des sommes qui peuvent lui revenir, la facilité d'en déterminer le montant, sa position d'associé aux bénéfices le font sortir du cas exceptionnellement prévu par l'article 1781 pour rentrer dans la

[1] V. *supra*., n° 252.

règle générale qui renferme la preuve orale dans les plus étroites limites, et ne veut pas surtout rendre une des parties maîtresse de sa cause ;

Parce que, d'ailleurs, dans un litige de ce genre, les parties contestent uniquement sur l'existence et la consistance des bénéfices faits par le commerce, et non sur la quotité du gage, ou sur la question de savoir si des paiements ont été faits, ou des à-comptes donnés sur le salaire promis, seuls cas prévus et réglés par l'article 1781, qui, dès-lors et sous ce point de vue, est encore inapplicable ;

Parce que, enfin, le négociant qui s'est engagé à faire participer son commis aux bénéfices de son commerce ne peut être admis à demander que ces bénéfices soient constitués par son serment, alors que les règles qui lui sont tracées par la loi l'assujettissent à les constater par des livres régulièrement tenus et par des inventaires annuels. [1]

Ainsi, un commis intéressé dans les bénéfices de la maison ne sera pas associé, dans ce sens que les contestations qui pourront surgir entre elle et lui ne devront pas être déférées à la juridiction arbitrale. [2] Mais quel que soit le juge appelé à statuer, lorsqu'il s'agira de déterminer la part d'intérêt à laquelle il a droit de prétendre, le commis pourra demander non-seulement la représentation des livres, mais encore leur communication, soit par leur dépôt au greffe, soit par leur remise sur récépissé.

[1] Lyon, 30 mai 1838, *J. D. P.* ibid., p. 390.
[2] Cass. 31 mai 1831.

294. — Enfin, l'article 14 excepte de la prohibition qu'il consacre le cas de faillite. Cette exception n'était que la conséquence naturelle et immédiate de la modification que la faillite introduit dans la position du commerçant qui la subit.

La faillite, en effet, arrête l'exploitation du commerce, désinvestit le débiteur de l'administration de ses biens, lui enlève la disposition de sa fortune mobilière et immobilière, amène sa liquidation, dont le soin appartient exclusivement aux mandataires légaux de la masse, aux syndics.

On ne recontre plus, dès-lors, aucun des motifs dont la juste autorité a fait, dans les cas ordinaires, proscrire la communication des livres. Il n'y a plus de commerce à protéger, plus de secrets à défendre. La prohibition n'a plus en conséquence aucune raison d'exister. Elle devait disparaître avec les causes qui la motivent.

Cette exception était tellement naturelle, qu'on pourrait s'étonner de ce que le législateur ait cru devoir la prescrire. Elle était, en effet, rendue tellement inévitable par l'état de faillite, qu'il ne pouvait entrer dans l'esprit de personne de la méconnaître ou de la contester. Comment séparer le désinvestissement du failli, le transfert de ses droits et actions sur la tête des syndics, de l'idée d'une remise absolue des livres et écritures entre les mains de ceux-ci?

Comment pourraient-ils poursuivre les droits du failli ou défendre aux actions dirigées contre lui, s'ils ignorent l'état réel de ses affaires? Comment procède-

ront-ils à la liquidation, s'ils ignorent les noms des débiteurs et les causes de leurs dettes? Comment protègeront-ils la masse contre les créanciers supposés, s'ils ne peuvent vérifier dans les livres la sincérité ou la fausseté des droits prétendus?

Comment, enfin, découvriront-ils les fraudes que le failli aura commises, les soustractions et les détournements dont il se sera rendu coupable? Comment la justice elle-même pourrait-elle l'en convaincre et l'en punir?

La communication des livres à l'endroit des syndics n'avait donc pas besoin d'être prévue. Les prescriptions consacrées au titre des faillites le prouvent invinciblement. Ils doivent, en effet, recevoir les livres des mains du juge de paix, les clore et les arrêter, balancer tous les comptes courants, vérifier la conformité des créances offertes à l'affirmation, adresser au ministère public un rapport sur l'état, les causes de la faillite. Pour eux donc, il ne pouvait s'agir d'une communication, mais d'une remise pleine et entière des livres et écritures dont ils deviennent, à partir de la faillite, les seuls détenteurs légitimes.

295. — On ne peut donc admettre que l'exception que l'article 14 consacre en cas de faillite, au principe de la non-communication, puisse concerner les syndics. Ce que la loi a voulu décider, c'est que chaque créancier pourra désormais obtenir cette communication que l'absence de faillite lui faisait refuser, la faillite faisant disparaître tout motif plausible à la pro-

hibition d'une mesure, ne présentant désormais aucun des inconvénients et des dangers qui en motivaient l'exclusion.

Au contraire, les droits du créancier demandeur ou défendeur peuvent être de telle nature, qu'en l'absence des explications que le failli eût pu donner, on ne puisse les établir que par l'étude approfondie de ses écritures. Persister à lui en refuser le moyen, c'était aggraver sa position et le rendre victime d'un fait déjà trop préjudiciable, à savoir, la disparition du failli.

En réalité, cependant, les livres du failli ne lui appartiennent plus. De leur côté, les syndics n'en deviennent les détenteurs qu'au nom et dans l'intérêt de la masse, de laquelle ils sont désormais la propriété. Chaque créancier participe proportionnellement à cette propriété commune, il ne fait donc qu'user d'un droit incontestable lorsque, son intérêt l'exigeant, il en demande la communication. On ne saurait, dès-lors, admettre que cette demande pût être repoussée.[1]

296. — En résumé donc, tant que le commerçant est à la tête de ses affaires, aucun créancier, aucun adversaire n'est recevable à demander la communication des livres tenus par lui. S'il tombe en faillite, ses livres passent, comme tous ses autres biens, aux mains de ses créanciers. La divulgation, la publicité donnée à ses affaires n'est plus à redouter, non-seulement il n'y a plus de secret à garder, mais encore il ne

[1] Vid. *supra*, n° 269.

saurait en exister aucun que les créanciers ne soient en droit de pénétrer. Ce n'est qu'en tant qu'ils seront initiés à la connaissance entière des affaires de leur débiteur qu'ils pourront convenablement remplir ce qu'exige leur intérêt dont la loi s'occupe exclusivement. On ne pouvait donc, sans blesser les plus simples notions de la raison, leur méconnaître ou leur contester le droit de se faire communiquer les livres et écritures pour justifier la demande qu'ils intentent, ou les exceptions qu'ils opposent à celle que les syndics intenteraient contre eux. C'est pour empêcher tout doute à cet égard que l'article 14 a excepté le cas de faillite de la règle qu'il établit.

297. — Il résulte du texte même de l'article 14 que la communication des livres n'est autorisée que dans les cas exceptionnels qu'il prévoit. Cet article est donc limitatif et ne comporte ni assimilation, ni une plus grande étendue. Conséquemment, hors les cas de succession, communauté, société ou faillite, la communication des livres d'un commerçant doit être sévèrement prohibée. Personne ne peut l'obtenir, soit par dépôt au greffe, soit par remise amiable. L'unique droit que la loi reconnaisse à celui qui plaide contre un commerçant, est celui de faire représenter ses livres dans les formes prescrites par les articles 15 et 16 dont nous allons nous occuper.

Du principe que l'article 14 est limitatif et non énonciatif, on a justement conclu que la communication des livres ne devait pas être autorisée, en cas de liqui-

dation, sans déclaration de faillite. Le négociant qui s'arrête volontairement ne renonce pas à reprendre plus tard son commerce, il lui importe donc d'en retenir les éléments divers, qui restent sa propriété exclusive et incontestable.

C'est ce que la Cour d'Aix a consacré, en jugeant que le débiteur attaqué à raison de la créance prétendue contre lui par le liquidateur judiciaire d'une maison de commerce, ne peut exiger la communication des livres de cette maison pour vérifier les éléments de son compte avec elle; qu'il n'y a lieu dans ce cas qu'à ordonner un extrait ou relevé des livres en ce qui concerne le différend; et que si cet extrait ou relevé, dûment certifié conforme aux livres, existe déjà au procès, il n'est pas nécessaire d'en ordonner un autre.[1]

Pour l'intelligence et la saine appréciation de ce dernier chef de l'arrêt, il est bon d'observer que l'exactitude et la conformité de l'extrait des livres versé au procès n'étaient pas contestées. Si elles l'avaient été, la Cour aurait probablement ordonné la représentation des livres pour en extraire judiciairement ce qui concernait le différend, à moins qu'usant d'un pouvoir que nous prouverons bientôt lui être réservé par la loi, et s'appuyant sur la qualité de liquidateur judiciaire qu'avait le signataire de l'extrait, elle eût été suffisamment convaincue de l'exactitude et de la conformité de cet extrait.

[1] 5 avril 1832.

298. — Un autre principe, que nous trouvons dans un arrêt également rendu par la Cour d'Aix, nous paraît incontestable, à savoir, que dans tous les cas où la communication des livres est commandée par la loi, c'est au juge appelé à la prononcer qu'il appartient d'en régler la forme. Il peut prescrire le dépôt au greffe, la remise à la partie elle-même sur récépissé, ou entre les mains d'un tiers. Dans l'arrêt auquel nous faisons allusion, la Cour décide que, dans un arbitrage entre associés, il est de convenance et d'usage que les livres et écritures, dont l'une des parties demande la communication hors du siége social, soient déposés chez l'arbitre le plus âgé, plutôt qu'au greffe du tribunal de commerce, ou chez un officier public.[1]

299. — La règle tracée par l'article 14 doit être d'autant plus sainement entendue qu'elle est absolue et plus sévère. On doit, dès-lors, se bien garder de confondre la communication qu'elle interdit avec des mesures que leur caractère ne pourrait faire considérer comme la constituant. La loi favorise tout ce qui tend à éclairer la justice, à faire triompher le bon droit. Elle ne s'arrête qu'en présence d'une véritable inquisition dont nous avons déjà fait ressortir les inconvénients et les dangers. Dans le doute, on devra donc se prononcer suivant le résultat que peut offrir l'exécution de la mesure ordonnée, et valider celles qui n'offriraient aucun de ces inconvénients et de ces dangers. C'est

[1] 17 juin 1826.

une règle que la Cour de cassation a invariablement suivie.

Ainsi elle a jugé que, dans une instance en paiement de salaires réclamés par un ouvrier contre un fabricant, les juges peuvent donner mission à un tiers de vérifier dans les livres du fabricant les allégations réciproques des parties, et de les concilier si faire se peut, sans qu'on puisse considérer cette mesure comme un ordre de communiquer les livres de commerce, hors les cas prévus par loi. Dans un tel cas, dit la Cour de cassation, l'arrêt attaqué n'a point ordonné une communication des livres, mais seulement la vérification des faits articulés, ce qui ne peut s'entendre que du différend existant entre les parties.[1]

La même Cour a décidé, le 22 février 1848, que les juges d'une contestation relative à la négociation de certains billets peuvent condamner une des parties à rapporter ses registres de commerce pour en extraire, non-seulement les articles relatifs à la négociation des billets litigieux, mais encore ce qui concerne d'autres négociations pouvant jeter du jour sur le différend, cette mesure constituant une simple représentation des livres autorisée par l'article 15 du Code de commerce, et non une communication que l'article 14 ne permet que dans les cas qu'il spécifie; que la vérification ainsi ordonnée peut être confiée à un expert, aussi bien qu'à un magistrat.[2]

[1] 12 mars 1834.
[2] *J. D. P.* t. 1, 1848, p. 354.

Enfin, et par arrêt du 25 janvier 1843, la Cour régulatrice a encore admis que l'arrêt ordonnant le dépôt des livres d'un négociant au greffe d'un tribunal pour être mis sous les yeux des juges et demeurer à leur disposition seulement, ne constitue pas la communication de ces livres, prévue et réglée par l'article 14 du Code de commerce, et qu'une telle mesure n'est en elle-même que la représentation autorisée par l'article 15 du même Code.[1]

300. — Nous comprenons les deux premiers arrêts; dans l'espèce de l'un et de l'autre, malgré sa généralité, la vérification avait cependant un objet déterminé. C'était, dans la première, les articles des livres relatifs aux paiements faits à l'ouvrier; c'était, dans la seconde, des négociations secondaires indiquées comme conséquence de celle des billets litigieux. Donc, les extraire des livres, ce n'était pas ordonner et moins encore réaliser une communication, avec d'autant plus de raison qu'à l'occasion de l'une ou de l'autre les livres du commerçant ne sortaient pas de ses mains.

Or, nous le dirons bientôt, ce qui distingue la simple représentation des livres, c'est que, contrairement à ce qui se réalise dans la communication, le commerçant tenu de les produire n'est pas tenu de s'en dessaisir, L'absence de ce dessaisissement dans les deux espèces jugées par la Cour de cassation venait donc étayer et corroborer sa décision.

[1] Ibid., t. I, 1843, p. 513.

Mais il n'en est pas de même dans la troisième. Ici, le dessaisissement est ordonné. Rien ne distingue donc plus la mesure prise de la communication pure et simple.

Vainement ferait-on observer que le dépôt au greffe n'est que pour les membres du tribunal, à la disposition exclusive desquels les livres devront rester. Nous répondrons que la communication qui n'est pas due à la partie n'est pas due au juge ; et ce qui le prouve, c'est que la loi, qui permet d'ordonner d'office la simple représentation, refuse cette faculté, en se taisant sur la communication.

Nous répondrons que le commerçant peut justement trouver un inconvénient grave à laisser, même trois juges, lire dans le secret de ses affaires de famille et de son commerce ; que, parmi ces trois juges, il peut s'en trouver qui exercent la même industrie que lui, et qu'il leur sera fort difficile, en sortant de leur siége, d'oublier ce qu'ils auront appris pendant qu'ils l'occupaient.

Nous répondrons enfin qu'un greffe est un lieu fort fréquenté ; que plus il est important, et plus la surveillance absolue y est difficile ; qu'une indiscrétion est toujours à redouter, et que sa réalisation pourrait être pour le commerçant un coup fatal et irrémédiable.

Nous concluons de tout cela que l'arrêt de la Cour de cassation a, involontairement sans doute, méconnu les véritables principes, qu'il a ajouté à la loi en permettant au juge de se faire personnellement communiquer les livres, ce que n'autorisent ni le texte, ni l'esprit du Code de commerce.

ARTICLE 15.

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

ARTICLE 16.

En cas que les livres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire.

SOMMAIRE.

301. But et objet de la disposition de l'article 15.
302. Première modification qu'elle apporte à l'ordonnance de 1673. Faculté pour le juge d'ordonner d'office la représentation des livres.
303. Deuxième modification. Abrogation de l'obligation d'offrir d'ajouter foi aux livres dont on voulait la représentation.
304. Le juge-commissaire de la faillite a le droit que l'article 15 confère aux tribunaux.
305. Mais il ne peut statuer lui-même sur le refus de représentation.
306. Espèce remarquable jugée par la Cour de cassation.

307. Il importe peu que le commerçant déclare ne pas vouloir se servir de ses livres, la représentation peut en être ordonnée, quel que soit d'ailleurs le titre invoqué.
308. *Quid* s'il s'agissait de l'exécution d'un titre notarié et authentique?
309. Quels sont les livres dont on peut demander la représentation?
310. La représentation des livres n'est pour le juge qu'une simple faculté, et jamais un devoir.
311. *Quid* à l'égard du non-commerçant.
312. Elle peut être ordonnée par toutes les voies de droit et même par contrainte d'une somme d'argent.
313. L'induction établie par l'article 7 n'est pas un obstacle à ce que le juge alloue des dommages-intérêts lorsqu'il le croit utile.
314. Le jugement prescrivant la représentation des livres est interlocutoire. Conséquences.
315. Excepté si la représentation n'a pas été contestée.
316. *Quid* si elle est ordonnée d'office?
317. Le commerçant ne peut exciper de l'irrégularité de ses livres pour en refuser la représentation.
318. Droit des tiers de faire valoir cette irrégularité, même après avoir requis leur représentation.
319. A quel moment doivent-ils proposer cette exception?
320. Ils peuvent aussi les accepter, quoique irréguliers, et forcer à les représenter.
321. En quoi la communication et la représentation diffèrent entre elles.
322. Forme de celle-ci en Italie et sous l'ancien droit.
323. *Quid* sous le Code de commerce.
324. Celui qui a requis la représentation a le droit d'assister à l'opération, mais son absence ne l'annulle pas, même lorsqu'il n'y a pas été appelé.
325. Celui qui représente ses livres n'est pas tenu de s'en dessaisir.
326. Quelles sont les exceptions que la forme de la représentation peut subir?

301. — Nous venons de voir la loi refuser d'une manière absolue la communication des livres dans les litiges ordinaires. Nous avons rappelé les puissantes considérations légitimant cette prohibition.

On ne pouvait cependant se dissimuler combien les livres pouvaient aider à éclairer la justice. L'obligation d'y inscrire toutes les opérations devenait la source de documents précieux susceptibles de fixer la conscience des magistrats, d'édifier leur justice sur la décision que comporte la difficulté dont ils sont investis. D'ailleurs, comment empêcher la partie adverse de s'en référer à ces livres, de les rendre les arbitres de la contestation, d'en appeler à leur témoignage? Déjà l'article 1330 du Code Napoléon avait reconnu cette faculté au non-commerçant, son exercice amenait donc forcément à recourir à une mesure qui, sans constituer une communication, conciliât toutes les exigences, tous les intérêts.

Tel est le but que s'est proposé l'article 15 du Code de commerce, en autorisant la représentation des livres pour en extraire ce qui concerne le différend.

302. — En s'appropriant cette mesure que l'ordonnance de 1673 avait consacrée, notre législateur l'a heureusement modifiée. D'abord en conférant aux juges la faculté de l'ordonner d'office. Comme voie d'instruc-

tion, la représentation des livres peut être pour les magistrats d'une utilité incontestable. Il n'était donc pas rationnel de la subordonner au silence plus ou moins intéressé des parties.

Or, non-seulement l'ordonnance de 1673 s'était tue sur cette faculté, mais elle l'avait en outre implicitement proscrite, en la rendant incompatible avec les conditions dont elle faisait dépendre la représentation des livres. Ainsi la partie qui prétendait l'obtenir devait offrir d'y ajouter foi et s'en rapporter ainsi à leur témoignage exclusif. Comment le juge aurait-il pu suppléer à cette condition et imposer d'office une pareille obligation à une partie? Il dépendait donc de la partie d'empêcher toute représentation, en refusant d'accepter cette condition. La représentation ordonnée en cet état eût donc constitué une violation flagrante de la loi.

Le Code de commerce a fait une application plus intelligente du principe. Reconnaissant que la représentation des livres peut, indépendamment de l'intérêt personnel des parties contendantes, avoir une puissante influence sur la manifestation de la vérité, il autorise le juge à l'ordonner d'office.

303. — La seconde modification introduite par le Code à l'ordonnance de 1673 consiste dans la suppression de la condition imposée à la partie, à savoir, l'offre d'ajouter foi aux livres dont elle demande la représentation. Désormais, donc, cette représentation peut être requise à titre de simple document, et sans

aliéner la faculté d'en contester et d'en débattre le contenu. En raison et en droit, cette disposition se recommande par une foule de considérations aussi puissantes que décisives.

Faire représenter les livres n'est qu'un moyen de défense, pouvant il est vrai devenir péremptoire, mais qui, dans tous les cas, n'a rien d'inconciliable avec l'existence d'autres et de plus amples moyens. Ainsi un commerçant est obligé d'inscrire sur ses livres toutes les opérations auxquelles il se livre. Or, si l'objet litigieux ne s'y trouvait point porté, il est évident que le défaut de mention créerait un préjugé considérable contre la vérité de ses allégations. Celui qui plaide contre lui a donc un intérêt évident à vérifier, avant même toute défense au fond, s'il y a conformité entre les livres et la demande, mais cette conformité acquise, on ne saurait lui contester le droit de prouver soit la sincérité de sa demande, soit le bien fondé de ses exceptions.

Celui qui plaide contre un commerçant a donc le droit d'exiger que la demande ou la défense de celui-ci soit appuyée sur les énonciations conformes de ses livres; que l'extrait qui peut en avoir été versé au procès soit la reproduction fidèle de l'original; qu'il n'existe sur celui-ci ni renvois, ni ratures, ni surcharges. Il est recevable dans ces divers objets à requérir la représentation des livres.

Les livres produits et la vérification réalisée, il n'en conserve pas moins la faculté de discuter la demande contre laquelle il se débat, ou l'exception qu'il re-

pousse, et les livres eux-mêmes dont il peut prouver l'inexactitude et l'infidélité. Cela est beaucoup plus rationnel et beaucoup plus juste que de le contraindre à se lier définitivement, et d'exiger de lui, comme condition de la vérification qu'il sollicite, de s'en rapporter indéfiniment à des registres qui peuvent avoir été altérés depuis qu'il les a vus.

Le décider ainsi était d'ailleurs une conséquence forcée du principe que les juges peuvent d'office ordonner la représentation des livres. Pour admettre ce principe, il fallait que cette mesure n'eût rien de définitif, ne créât aucun droit certain. Dans le cas contraire, les juges, se trouvant liés par la conduite des parties, n'auraient pu imposer à l'une d'elles des conditions onéreuses auxquelles elle n'aurait pas consenti.

La preuve que le juge n'aurait pu d'office ordonner la représentation que la partie n'aurait pu obtenir qu'en offrant d'ajouter foi aux livres, se tire de l'article 1330 du Code Napoléon. Là le non-négociant ne peut demander l'exhibition des livres qu'en les acceptant dans toute leur étendue et sans pouvoir les diviser. Aussi le juge n'a pas la faculté d'ordonner cette exhibition d'office, et il est obligé de s'en rapporter exclusivement à la partie.

Il est donc certain que, pour conférer la faculté d'ordonner d'office la représentation des livres, il fallait la dégager de toute condition, de tout préjugé défavorable aux parties, et c'est ce qu'avec juste raison a fait l'article 15.

304. — Ce que l'article 15 permet aux tribunaux de commerce, l'article 495, en matière de faillites, l'accorde au juge-commissaire. Ce magistrat ayant un pouvoir souverain pour tout ce qui tient à la vérification amiable des créances, on ne pouvait lui interdire un des moyens les plus énergiques de parvenir à la découverte de la vérité. Il peut donc, dès qu'il le juge nécessaire et utile, soit d'office, soit sur la réquisition des syndics, ordonner que le créancier se présentant à la vérification représentera ses livres.

305. — Mais le juge-commissaire, n'étant pas appelé à statuer sur le sort de la créance contestée, ne pourrait ni édicter à l'obligation qu'il imposerait aucune sanction pénale, ni prendre aucune mesure sur le refus que le créancier ferait d'y satisfaire. Tout se bornerait donc pour lui à refuser en l'état l'admission au passif, et à renvoyer les parties à l'audience pour être ultérieurement dit droit sur la contestation.

Le tribunal ainsi investi peut de son côté ordonner la production des livres. Le refus que le négociant continuerait d'opposer à l'exécution de sa décision appellerait le tribunal à statuer sur les conséquences de cette inexécution. Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, ces conséquences n'étaient pas douteuses. Aux termes de la déclaration du 3 septembre 1739, les créanciers qui se présentaient à la faillite et qui, sommés de produire leurs livres, ne les représentaient pas, étaient déchus de leurs créances. La Cour de

cassation a appliqué cette législation dans une espèce qu'il nous paraît utile de rappeler.

306. — « Les frères Manuel, négociants, avaient des relations commerciales et étaient en compte-courant avec Lerat, celui-ci déposa son bilan le 14 frimaire an VI, et y porta les frères Manuel pour une somme de 17,000 livres, dont 10,000 avaient été payées à compte.

« Lorsqu'il s'agit de la présentation et de l'affirmation des créances, les frères Manuel fournirent un compte d'où ils faisaient résulter en leur faveur un solde de 188,075 livres en écus, *qu'ils offraient de vérifier par les livres d'où ce compte était extrait*, *et qu'ils produiraient au besoin.*

« Frappés de la différence entre ce résultat et la déclaration du failli dans le bilan, les syndics des créanciers pressèrent les frères Manuel de représenter leurs livres. Alors ceux-ci changèrent de langage, ils déclarèrent n'avoir jamais eu de livres contenant leurs négociations avec Lerat; et dans le cas où l'on refuserait d'ajouter foi à ce compte, extrait d'une feuille informe retrouvée par hasard, ils exhibaient une obligation de 60,000 livres, à la date du 8 pluviôse an IV, souscrite par Lerat, pour solde de tous comptes entre eux.

« Ces tergiversations firent insister davantage les créanciers, syndics et directeur sur la nécessité de représenter les livres. La contestation élevée à ce sujet fut soumise au tribunal de commerce de Dijon.

« Ce tribunal, par jugement du 21 thermidor an IX, ordonna que, dans le délai d'une décade, les livres des frères Manuel seraient déposés au greffe; et qu'à défaut par eux de faire ce dépôt, ils seraient réputés créanciers d'une simple somme de 17,336 livres, sur quoi imputation serait faite des 10,000 livres qu'ils ont reçues à compte.

« Ce jugement fut frappé d'appel : de la part des frères Manuel, parce qu'on ne les a pas reconnus créanciers du montant du titre qu'ils ont produit; de la part des syndics, parce que les frères Manuel n'ont pas été déclarés sans droits, faute par eux de n'avoir pas représenté leurs livres.

« Le 15 pluviôse an X, jugement du tribunal d'appel de Dijon, par lequel: Considérant que les frères Manuel sont négociants; que l'article 1er, titre III de l'ordonnance de 1673, porte : Que les négociants et marchands auront un livre qui contiendra tout leur négoce, lettres de change, dettes actives et passives, etc...; que l'article 6 est impératif, ayant dit qu'ils y seront tenus; que, dans le procès-verbal de vérification et d'affirmation des créances du 28 nivôse an VI, les frères Manuel ont déclaré être créanciers d'une somme de 188,075 livres; qu'ils ont offert de vérifier la sincérité de leur créance par la représentation de leurs livres dont le compte était fidèlement extrait; que depuis ils ont changé de plan, en annonçant qu'ils voulaient baser leur créance uniquement sur l'arrêté de compte du 28 pluviôse an IV, et en déclarant qu'ils

n'avaient jamais eu des livres constatant leurs négociations avec Lerat;

« Considérant que dans toutes les banqueroutes ouvertes, ou qui s'ouvriraient à l'avenir, la déclaration du 13 septembre 1739, veut : Qu'il ne soit reçu l'affirmation d'aucune créance sans qu'au préalable les parties se soient trouvées devant les juges consuls auxquels les bilan, titres et pièces seront rémis pour être vus et examinés; qu'elle porte de plus, que, faute par les créanciers et débiteurs de se conformer à ces présentes, ainsi qu'aux autres dispositions de l'ordonnance de 1673, les créanciers seront déchus de leur créance;

« Que, d'après ces deux lois, soit que l'on considère les frères Manuel comme ayant des livres sur lesquels ils ont inscrit leurs négociations avec Lerat, et qu'ils refusent de représenter, soit comme n'y ayant porté rien de relatif à ces négociations, ils ont, dans l'un et l'autre cas, encouru la peine de déchéance;

« Qu'il y a d'autant moins à balancer d'user à leur égard de toute la sévérité de la loi, qu'ils ne sont pas à l'abri de violents soupçons de fraude, pour avoir constamment varié sur le titre constitutif et le montant de leur créance, comme sur les éléments dont elle est composée;

« Considérant que le billet du 28 pluviôse an IV est sous écriture privée; qu'il n'a aucune fixité de date, et qu'il n'en est fait aucune mention sur les livres de Lerat ni sur son bilan;

« Considérant, d'ailleurs, que le bilan d'un failli et les déclarations qui peuvent s'y trouver n'ont pas

l'effet de donner un titre à un créancier qui n'en aurait pas d'autres ;

« Considérant, enfin, que l'intérêt général du commerce commande la sévère exécution des lois créées pour réprimer les fraudes et corriger les funestes effets des faillites.

« Par ces motifs, le tribunal d'appel, réformant sur la demande des syndics, entérine leurs fins et conclusions, et déclare les frères Manuel déchus de leur créance.

« Ceux-ci frappent ce jugement d'un pourvoi, ils le défèrent à la Cour régulatrice comme renfermant un excès de pouvoir et appliquant faussement l'ordonnance de 1673 et la déclaration de février 1739. Voici les raisons invoquées à l'appui du pourvoi :

« L'article 1er, titre III de l'ordonnance prescrit bien aux négociants de tenir des registres de leurs affaires de commerce, mais ne prononce aucune peine contre ceux qui négligent de s'y conformer. La seule conséquence qui résulte de cette négligence, c'est qu'en cas de contestation entre deux marchands, si les livres tenus par l'un d'eux sont conformes à la loi, ils font foi en justice contre celui qui n'en a pas tenu ; d'ailleurs, les frères Manuel ne sont pas dans le cas de l'article 10 de l'ordonnance, qui oblige les négociants à représenter leurs livres lorsqu'ils veulent s'en servir, puisqu'ils fondent leur créance sur un autre titre qu'ils représentent, sur l'obligation du 28 pluviôse an IV.

« A l'égard de la déclaration du 13 septembre 1739, elle exige seulement que les créanciers d'un failli

remettent leurs titres et pièces pour être examinés, elle ne parle en aucune manière de la représentation des livres. Les frères Manuel s'y sont conformés autant que possible en produisant le billet souscrit à leur profit par Lerat, qui est un titre régulier dont ils ont affirmé la sincérité. La déclaration de 1739 prend le créancier et le failli au moment de la faillite, et prescrit les formalités à suivre à cette époque. Aussi, dans quel cas le créancier est-il déchu? S'il ne se présente pas en personne, s'il ne produit pas ses titres. Voilà toutes les conséquences qu'on peut tirer de la loi. A l'égard des titres, il faut distinguer : s'ils reposent sur des registres de commerce, ces registres devront être produits; s'ils ne le sont pas, c'est le cas de la déchéance; si au contraire le créancier déclare ne point avoir de registres et qu'il présente un autre titre, alors la déchéance n'est point encourue; il satisfait, par la présentation de ce titre, au vœu de la loi. Il est donc évident qu'en déclarant les frères Manuel déchus, les juges d'appel ont fait la plus fausse application de l'ordonnance de 1673 et de la déclaration de 1739; que leur jugement ne peut se soutenir et doit être cassé. »

Comme on le voit, toute cette défense se réduisait à ceci : un commerçant ne peut être tenu de représenter ses livres que lorsque, s'armant lui-même de leur contenu, il veut s'en faire un titre contre son adversaire. Mais lorsque, au lieu de recourir à ses livres, il invoque un titre émané de son adversaire même, celui-ci doit être immédiatement condamné par suite de l'autorité s'attachant au titre. Il ne peut

demander la production des livres, car quelles qu'en soient les énonciations, et alors même qu'ils ne feraient aucune mention du titre, cela ne pourrait faire que le titre n'existât et qu'il ne doive sortir à effet.

Ce système était trop en contradiction avec la loi, avec la doctrine, avec la jurisprudence, nous pourrions ajouter avec la raison, pour qu'il pût être consacré. Aussi la Cour de cassation ne s'y arrêta-t-elle pas. Le pourvoi des frères Manuel fut rejeté par les motifs suivants :

« Considérant que les articles 1er, titre III, et 3 titre XI de l'ordonnance de 1673 obligent les marchands à tenir un livre qui contienne tout leur négoce, leurs lettres de change, leurs dettes actives et passives, et jusqu'à la dépense de leur maison ; que la déclaration du 13 septembre 1739 veut que, dans toutes les faillites, il ne soit reçu d'affirmation d'un créancier, sans qu'au préalable les parties aient remis leurs titres et pièces sur lesquels elles se fondent, et que, faute par les créanciers de remplir cette formalité et de se conformer aux autres dispositions de l'ordonnance de 1673, ils soient déchus de leurs créances.

« Considérant que dans l'espèce les frères Manuel avaient déclaré, devant le tribunal de commerce, être créanciers de Lerat de la somme de 188,075 livres en numéraire, ainsi qu'ils le vérifiaient par le compte-courant de toutes leurs opérations de commerce avec Lerat, lequel compte ils représentaient, avec offre de le vérifier par les livres desquels il était fidèlement extrait, et qu'ils offraient de représenter toutes et quantes fois ils y seraient requis.

« Considérant que, cependant, les frères Manuel n'ont depuis cette époque ni déposé, ni représenté ces livres, d'où il suit que la peine de déchéance portée par la déclaration de 1739 leur a été justement appliquée.

« Considérant encore que, mal à propos, les frères Manuel ont prétendu devoir échapper à cette application, sous prétexte que leur créance, indépendamment de tous livres, était fondée sur une reconnaissance de Lerat, car leur créance n'ayant pas été d'abord déclarée fondée sur cette réconnaissance, le tribunal d'appel a pu légitimement insister sur la représentation de ces livres, et appliquer au refus de les représenter la déclaration de 1739, d'autant plus que cette variation sur le titre de la créance, ainsi que d'autres sur son montant et sur ses éléments, pouvait présenter une fraude dont le tribunal d'appel a remarqué et développé les indices, et qui suffirait seule pour justifier son jugement. »[1]

307. — Cet arrêt, comme le jugement du tribunal d'appel de Dijon, invoque avec raison la conduite et les tergiversations de l'une des parties, et les soupçons de fraude qu'elles faisaient naître. Ils devaient en effet y trouver un motif de plus pour insister sur la production des livres, et appliquer la peine réservée au refus de cette production.

Eût-on décidé autrement si ces tergiversations n'a-

[1] Cass., 12 floréal an XII.

vaient pas existé? Aurait-on refusé d'ordonner l'apport des livres si les créanciers eussent dans l'origine invoqué le titre sur lequel ils se fondaient en dernier lieu? La négative nous paraît incontestable. En effet, la doctrine et la jurisprudence s'étaient depuis longtemps prononcées dans ce sens, que le marchand tenu d'avoir des livres était obligé de les représenter à la réquisition de la partie, alors même que l'objet du litige n'aurait pas été commercial.

Déjà nous avons rappelé que, par arrêt du 22 juillet 1688, le Parlement de Paris avait appliqué l'obligation de produire ses livres au commerçant poursuivant l'exécution d'un titre authentique et notarié.[1] Cette règle, la Cour de cassation l'avait elle-même santionnée en jugeant, le 25 nivôse an x, qu'un marchand qui ne représentait pas ses livres pouvait être déclaré non-recevable à demander le paiement d'une obligation notariée, même étrangère à son commerce.

Donc, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, aucun doute n'existait sur l'obligation pour les commerçants de représenter leurs livres, qu'ils en exeipassent eux-mêmes ou non. L'article 10, titre III était formel d'ailleurs, cette représentation pouvait être ordonnée soit lorsque le marchand prétendait les invoquer en sa faveur, soit qu'on prétendît s'en servir contre lui. Or, on comprend que cette dernière circonstance devait se réaliser le plus ordinairement lorsque le commerçant négligeait volontairement ou non de s'en pré-

[1] V. *sup.*, n° 205.

valoir lui-même, son silence permettant de supposer que leur teneur lui était contraire.

Si quelque chose avait été changé par le Code, ce ne serait certes pas cette règle. Car, loin de créer des obstacles à la représentation des livres, il a entendu la favoriser, d'abord en dispensant la partie la requérant de l'obligation d'y ajouter foi, ensuite en conférant aux juges la faculté de l'ordonner d'office. Cette représentation peut donc aujourd'hui être ordonnée, malgré qu'elle ne soit ni offerte ni demandée. A plus forte raison donc doit-on admettre cette possibilité lorsqu'une des parties soutiendra qu'elle est indispensable à l'appréciation de ses intérêts.

Vainement donc le commerçant voulant se soustraire à l'obligation de représenter ses livres exciperait-il de la maxime que *nul n'est tenu* de produire contre soi. Ce qui a fait admettre cette règle en matières civiles, c'est que l'existence du titre dont on réclamerait la production n'est souvent pas même établie, et encore la rigueur de ce principe reçoit une notable modification par la faculté laissée à la partie de demander un compulsoire et de se procurer ainsi les titres que son adversaire ne veut pas verser au procès.

Mais, en matière de commerce, aucun doute n'est permis sur l'existence des livres. En droit, leur tenue est une obligation; en fait, il est certain qu'il a dû en exister, réguliers ou non. Or, la destination qui leur a été légalement affectée est de recueillir la preuve de tous les actes du négociant, commerciaux ou non. Dès-lors, il est juste, lorsqu'il s'agit de l'un d'eux, qu'on

puisse vérifier si les livres en établissent la sincérité et surtout s'ils ne démentent pas la prétention actuelle. En forcer la représentation, ce n'est donc pas contraindre le commerçant à produire contre lui ; c'est le contraindre à remplir une obligation légale, celle de justifier sa demande ou son exception.

Il suffit donc encore aujourd'hui que celui contre qui on plaide soit commerçant, qu'en cette qualité il ait dû tenir des livres, pour qu'on soit recevable à lui en demander la représentation. Il importe peu que celui qui la requiert soit lui-même commerçant, l'article 1330 étendant cette faculté au non-commerçant, et la rendant plus énergique encore par l'obligation de les accepter indivisiblement ; il n'importe pas davantage que le commerçant excipe de lui-même ou non de ses livres, que le droit litigieux soit ou non relatif à son commerce, qu'il soit établi par un titre positif émané de son adversaire. Comme complément de justification, la représentation des livres peut toujours être réclamée, et même ordonnée d'office par les juges.

308. — Doit-on, sous l'empire du Code, décider, comme on le faisait sous l'ordonnance, que cette représentation est admissible même lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un titre notarié et authentique?

L'affirmative nous paraît devoir résulter de ce que nous venons d'établir, à savoir, que le Code n'a en rien modifié l'état des choses créé par l'ordonnance. Dès-lors, ce qui était juridique sous l'empire de celle-ci, n'a pas cessé de l'être aujourd'hui.

Pourquoi, d'ailleurs, excepterait-on de l'obligation de représenter les livres, dans le cas où il s'agit de l'exécution d'un acte notarié? Une pareille distinction, indépendamment de ce qu'elle n'est pas dans la loi, pourrait, dans une circonstance donnée, favoriser et faire réussir l'injustice et la fraude. L'utilité de la production des livres, et conséquemment sa nécessité, se justifie, même dans ce cas, d'abord par la possibilité que le débiteur ait perdu ou égaré la quittance sous seing privé dont il s'était contenté dans un but d'économie. Il serait inique que cette perte pût fournir l'occasion de le faire payer une seconde fois, et surtout d'empêcher de la suppléer par la mention qui doit se trouver dans les livres. Pourrait-on concevoir le moindre doute sur la réalité du paiement, si, à la date indiquée par le débiteur, ces livres constataient la réception d'une somme identique à celle qu'il devait à cette époque en capital et intérêts? Si cette réception était indiquée provenir du débiteur lui-même? Hésiterait-on à proscrire la nouvelle demande si le commerçant, l'ayant débité dans un compte-courant de la somme par lui prêtée, avait crédité son débiteur d'une somme égale? C'est pourtant l'existence d'un de ses faits que celui-ci prétendra justifier par la représentation des livres. Serait-il équitable de l'éconduire sans examen?

Il est un autre point de vue sous lequel la représentation des livres, même dans le cas d'un acte notarié, se justifie parfaitement. Il n'est pas d'usage qu'un commerçant dispose de ses fonds par cette voie, il lui est

plus utile de les appliquer à son commerce, ce qui lui offre un intérêt bien plus considérable. Aussi, lorsque la position critique de son débiteur le force à se procurer une garantie hypothécaire, en prorogeant le terme de l'exigibilité, arrive-t-il souvent qu'indépendamment de l'acte, il se fait souscrire des effets négociables pour le montant de ce qui lui est dû.

Ces effets formant double emploi avec l'acte, il est évident que le créancier est payé de celui-ci lorsque par leur négociation il en reçoit la valeur, il ne redevient créancier que si à l'échéance il a lui-même remboursé cette valeur et repris les effets.

Aucun doute ne pourrait certes s'élever si le débiteur, ayant lui-même payé ces effets, pouvait les représenter. Cependant, dans ce même cas, l'identité de la cause peut être contestée et peut rendre le recours aux livres du négociant indispensable.

A plus forte raison faudrait-il y recourir si le débiteur était dans l'impossibilité de représenter ces effets. Ce ne serait plus alors leur cause qui serait contestée, on pourrait en nier jusqu'à l'existence, et comment avoir raison de cette dénégation, si le débiteur poursuivi était absolument empêché de se faire représenter les livres qui en renferment la preuve? On comprend cependant que plus les livres seront précis sur ce point, et moins le commerçant se prêtera à les produire pour ne pas divulguer sa mauvaise foi.

Quel danger, d'ailleurs, peut offrir notre solution? nous allons le dire bientôt. L'article 15 ne confère qu'une faculté dont il est toujours loisible aux juges de

ne pas user. Ils s'en abstiendraient, certes, si dans notre hypothèse les vraisemblances, les faits et circonstances de la cause pouvaient faire supposer que la demande en représentation des livres n'est qu'un moyen de gagner du temps à l'effet de reculer l'exécution d'un titre légitime.

Ainsi la règle déduite, par la jurisprudence, de l'ordonnance de 1673 peut et doit être suivie sous l'empire du Code. Le commerçant qui poursuit l'exécution d'un titre authentique, sans se prévaloir de ses livres, peut être contraint de les représenter, quelle que soit, d'ailleurs, la cause de l'obligation. Cette représentation peut être ordonnée soit sur la demande de la partie, soit d'office par le juge.

309. — En thèse ordinaire, les livres dont on peut demander ou ordonner la représentation se réduisent aux trois dont la loi a rendu la tenue obligatoire, à savoir : le journal, le copie des lettres, le livre des inventaires. Quant aux livres auxiliaires, il est évident que le négociant étant libre de les tenir ou non, la déclaration qu'il ferait de n'en point avoir ne pourrait manquer, à défaut de preuve contraire, d'être accueillie. C'est ce que la Cour de Paris a consacré par arrêt du 2 août 1842. [1]

Mais s'il était prouvé que le commerçant a réellement tenu des livres auxiliaires, et que ces livres sont encore en sa possession, on pourrait le condamner à

[1] *J. D. P.* t. II, 1843, p. 382.

les représenter, de même que les livres obligatoires. Remarquons bien que la loi, si elle a justement reculé devant une mesure inquisitoriale, vexatoire et dangereuse pour celui qui en serait devenu l'objet, n'a nullement entendu favoriser, ni moins encore encourager la résistance qu'on opposerait, de mauvaise foi, à ce que que la justice s'entourât de tous les documents susceptibles de l'édifier sur les droits respectifs des parties. Conséquemment, s'il est acquis que le livre auxiliaire réclamé existe réellement entre les mains du négociant, aucun motif ne saurait raisonnablement être invoqué à l'appui du refus qu'il ferait de le représenter, refus peu naturel, et par cela même devant paraître fort suspect. D'ailleurs, les livres auxiliaires expliquent le journal dont ils sont en quelque sorte le développement et le commentaire. Qu'on ne soit pas forcé de les tenir, c'est ce qui est incontestable; mais que, les ayant tenus, on puisse se dispenser de les représenter, malgré la réquisition de la partie, au mépris des ordres formels de la justice, c'est ce qui ne saurait se comprendre, et bien moins encore être autorisé.

Dans une espèce soumise à la Cour de Caen, la partie poursuivie réclamait du demandeur la production d'un livre d'enregistrement de traites et remises. Le négociant repoussait cette demande comme non-recevable, sur le motif que ce livre n'étant pas obligatoirement prescrit par la loi, on ne pouvait le contraindre à le représenter.

Mais cette exception fut repoussée par la Cour, établissant d'abord que la preuve de l'existence du livre

réclamé existait au procès, elle en ordonne la représentation.

« Attendu, porte l'arrêt, qu'on voit par les numéros d'ordre mis par l'appelant sur les diverses lettres de change et billets auxquels il prenait part, qu'il tenait réellement un livre de la nature de celui qui lui est réclamé; qu'encore bien que la loi ne désigne pas nominalement, quant aux livres que doivent tenir les commerçants, un livre d'enregistrement et de numéros d'ordre des traites et remises, ces livres sont cependant implicitement compris dans ceux qui doivent contenir les négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qui est reçu ou payé; et que d'ailleurs, il est évident que dès qu'il en a été tenu de cette espèce, leur représentation peut être ordonnée. »[1]

Ainsi la seule différence entre les livres obligatoires et les livres auxiliaires, c'est que l'existence des premiers est forcément admise par la loi, alors même qu'on exciperait n'en avoir tenu aucun. On devait en tenir, et cela seul suffit pour qu'on soit obligé de les représenter, sous les peines portées par la loi. On ne pouvait admettre le contraire sans s'exposer à rencontrer dans toutes les espèces une exception ne constituant après tout qu'une violation d'un devoir formellement imposé par la loi, et ne méritant dès-lors aucune indulgence.

Les livres auxiliaires, au contraire, ne sont pas pré-

[1] Caen, 24 juin 1828.

sumés exister. Le commerçant peut ou non user de la faculté que la loi lui laisse à cet égard, et aucun reproche ne peut lui être adressé, s'il n'en a tenu aucun. La représentation de ces livres ne peut donc être ordonnée sans qu'au préalable leur existence ait été prouvée, ou résulte évidemment de l'état et de la nature des documents produits, comme dans l'espèce de l'arrêt de Caen.

310. — Au reste, pour les uns comme pour les autres, la représentation n'est jamais un devoir pour les juges. L'article 15 ne leur confère qu'une pure faculté dont l'exercice est exclusivement abandonné à l'inspiration de leur conscience. A quoi bon, en effet, une pareille mesure si, la vérité ressortissant nettement des faits et circonstances du procès, les juges se trouvent en l'état suffisamment édifiés et peuvent se prononcer avec certitude?

Le texte de l'article 15 ne laisse à cet égard aucun doute possible. De commerçant à commerçant, la représentation des livres n'est jamais forcée. La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans ce sens. Indépendamment de l'arrêt d'Aix, du 5 avril 1832, que nous citions tout à l'heure, ce principe a constamment été reconnu et proclamé par la Cour de cassation.[1]

311. — Mais en est-il de même à l'égard du non-

[1] V. cass., 25 nivôse an x, 20 août 1818, 12 décembre 1827, 4 février 1828, 9 juin 1839; — *J. D. P.* t. I, 1839, p. 495; — conf. Aix, 8 décembre 1820.

commerçant agissant en vertu de l'article 1330 du Code Napoléon? Le juge peut-il encore refuser la représentation des livres demandée aux conditions qu'impose cet article? La raison de douter se tire de l'existence de ces conditions. Le non-commerçant demandant la production des livres de son adversaire négociant est obligé de les admettre tels qu'ils se trouveront, leurs énonciations mettront fin au litige; recourir à ce moyen c'est donc en réalité déférer le serment décisoire. C'est ce qui porte MM. Massé et Devilleneuve à enseigner que dans ce cas la demande en représentation des livres ne saurait être écartée.[1]

Il est certain qu'une demande de ce genre ne paraît pas de nature à soulever de sérieuses difficultés. Le moyen de solution qu'elle offre est si naturel et si simple, qu'en général la justice s'empressera de le saisir. Elle n'aurait même aucun moyen de ne pas s'y arrêter, si la représentation des livres était proposée avant toute défense au fonds. Cependant nous répugnons à admettre une règle absolue en cette matière, qui ne paraît pas en comporter d'autre que la libre appréciation des magitrats. Nous pensons en conséquence qui leur est loisible, même dans ce cas, d'écarter la demande en production des livres, si des faits du procès, des documents produits, des débats que la cause a déjà subis, il résulte pour eux la conviction que cette production serait inutile et frustratoire; qu'elle n'est sollicitée en

[1] *Dict. du contentieux comm.* V. *Livres de com.*, n° 14.

désespoir de cause que pour prolonger un litige actuellement en état de recevoir une solution définitive.

312. — La représentation des livres, dans tous les cas où elle est légalement autorisée, peut être demandée et ordonnée par toutes les voies de droit, même par contrainte d'une somme d'argent, il peut se faire en effet que cette représentation soit d'un tel intérêt pour celui qui la réclame, qu'évidemment les conséquences que la loi attache à son refus ne pussent suffisamment réparer le préjudice qu'éprouverait celui qui en serait la victime, c'est en effet ce qui se réalisait dans l'espèce suivante :

Un sieur Blanchard était assigné en restitution d'intérêts usuraires qu'il avait perçus. Pour établir le chiffre exact de sa restitution, on demandait la production de ses livres, Blanchard refuse de la faire, mais un jugement l'y condamne, sous contrainte, en cas d'inexécution d'une somme de 3000 fr.

Blanchard émet appel de ce jugement. Devant la Cour, il soutient d'abord que personne ne peut être obligé de produire des titres dont il n'entend pas se servir; il prétend ensuite que la production des livres d'un commerçant, pût-elle être ordonnée, ne pourrait l'être sous une contrainte, sauf seulement aux juges à induire du refus telles conséquences qui leur paraîtraient légitimes.

Ce double système fut repoussé. « Attendu que quand une partie, dans des vues d'intérêt personnel, se refuse à satisfaire à des décisions rendues par la

justice, la justice se trouve dans la nécessité de la contraindre par toutes les voies de droit qu'elle croit les plus propres à atteindre le but qu'elle se propose; que si elle eût cru devoir se contenter d'autoriser la partie à induire du défaut de production du registre, elle eût pu s'en tenir là; mais que regardant le moyen de la contrainte comme plus propre à produire l'effet qu'elle en attend, elle a dû employer cette voie. »[1]

313. — Il est évident que la loi a pu et dû, dans la prévision de l'inexécution d'un jugement ordonnant la représentation des livres, déterminer les conséquences légales et ordinaires de cette inexécution. C'est là en effet l'objet de l'article 17 du Code de commerce. C'est là le droit commun applicable toutes les fois que la partie n'a rien proposé, n'a rien demandé au-delà. Mais on ne doit pas conclure de cette disposition que le législateur ait refusé la faculté aux parties de solliciter, et à la justice de prononcer d'autres dommages-intérêts. En principe général, ceux-ci sont la conséquence de l'inexécution de toute obligation, et leur appréciation est laissée à la prudence des juges. Or, l'obligation de représenter les livres est une obligation de faire, dont l'exécution ne peut être assurée que par une allocation pécuniaire; pour échapper à celle-ci, il faudrait soutenir que l'article 17 du Code de commerce a dérogé au principe général en matière d'inexécution.

[1] Caen, 24 juin 1828.

En droit donc, la faculté d'ordonner la représentation des livres sous une contrainte d'une somme d'argent est incontestable. En fait, l'équité de cette sanction ne l'est pas moins.

Sans doute l'article 17 peut paraître suffisant lorsque, actionné en paiement d'une dette, un commerçant est admis à purger par serment la vérité de sa libération, à défaut par son adversaire de représenter ses livres. Mais évidemmment cela ne suffit pas lorsque, à cette représentation, se trouve subordonnée la détermination des droits de celui qui l'a requise. Ainsi l'exemple que nous venons de citer, la quotité restituable des intérêts usurairement perçus.

Cet inconvénient se réaliserait dans de bien plus fortes proportions dans le cas de succession, de communauté, de société, puisque, sans les livres, on ne pourrait déterminer la quotité des droits des parties réclamantes. Aussi, dans ces matières, la communication des livres est ordinairement demandée et ordonnée, sous peine d'avoir à payer une certaine somme pour chaque jour de retard. Pourquoi donc ce qui est considéré comme légal dans le cas de communication, perdrait-il ce caractère dans celui de la représentation? Pour être moindre, ce dernier droit n'est pas moins certain, moins utile que le premier. Il importe donc d'en assurer l'exécution, sous peine d'avoir à indemniser la partie de tout le préjudice qu'elle serait dans le cas d'éprouver de la violation d'une décision judiciaire.

314. — Quel est le caractère du jugement prescri-

vant la représentation des livres d'un commerçant? Ce jugement est-il préparatoire ou interlocutoire? En d'autres termes, est-il ou non susceptible d'appel divisément du jugement définitif et avant que celui-ci ait été rendu?

La question ne paraît pas douteuse, lorsque la représentation est ordonnée sous contrainte d'une somme d'argent. La Cour de Paris, saisie de cette question, l'a résolue dans le sens d'un interlocutoire, et décidé conséquemment que l'appel interjeté avant le jugement définitif était recevable.[1]

Pourquoi n'en serait-il pas de même en l'absence de toute sanction pénale, alors surtout que la représentation des livres a été contestée? A notre avis, on ne saurait le décider autrement sans se placer en contradiction avec la nature des choses. C'est ce qui nous paraît résulter des principes généraux de la matière.

Aux termes de l'article 452, les jugements sont purement préparatoires lorsqu'ils ne sont rendus que pour l'instruction de la cause, que pour mettre le procès en état de recevoir un décision définitive.

S'il fallait s'arrêter là, notre question serait évidemment tranchée dans un sens contraire à notre opinion, car le jugement ordonnant la production des livres n'a pas d'autre objet que d'instruire la cause et de la mettre en état d'être définitivement jugée. Mais alors aussi il faudrait dire qu'il n'y a pas de jugements interlocu-

[1] 2 août 1843. *J. D. P.* t. II, 1843, p. 382.

toires, car, quelle que soit la mesure ordonnée, il sera certain qu'elle se proposera le même objet.

Ce qui distingue ces derniers, c'est qu'indépendamment de ce qu'ils mettent la cause en état de recevoir jugement, ils préjugent le fonds, ce qui ne peut et ne doit évidemment s'entendre que d'une manière relative et jamais absolue.

En effet, s'il pouvait en être autrement, il n'y aurait plus de jugements interlocutoires dans un autre sens que celui dont nous venons de parler. On se prévaudrait de la maxime, *licet judici ab interlocutorio discedere*, et l'on soutiendrait que le jugement n'étant pas obligatoire ne saurait créer un préjugé. Il faut donc dire avec MM. Carré et Chauveau, que le jugement interlocutoire est celui qui, sans juger positivement la question, laisse entrevoir l'opinion qu'en a conçue le juge, et d'après laquelle il la décidera plus tard, non pas *certainement*, mais probablement.

Or, n'est-ce pas là ce qui résulte de la décision ordonnant la représentation des livres? Est-ce que ces livres, s'ils sont contraires aux prétentions de celui qui les a tenus, ne les feront pas repousser? Est-ce que dans tous les cas il n'y a pas une évidente probabilité que le juge aura égard à leurs indications et y conformera sa sentence? On ne saurait donc refuser à ce jugement le caractère d'interlocutoire.

Cela serait surtout incontestable si le commerçant avait opposé à la demande en représentation de ses livres une exception de fin de non-recevoir. Dans ce cas, statuer et repousser cette fin de non-recevoir, refuser

même de l'examiner pour ordonner des apurements que son admission eût rendus parfaitement inutiles, puisqu'elle eût terminé toute contestation, c'est, dans le premier cas, avoir rendu un jugement définitif quant à ce; c'est, dans le second, avoir évidemment préjugé que cette fin de non-recevoir n'est d'aucune considération; que le fonds peut être décidé sans qu'il soit besoin de s'y arrêter.

Comment pourrait-il en être autrement, lorsque, sans avoir opposé une fin de non-recevoir spéciale, le commerçant s'est borné à soutenir l'inadmissibilité ou l'inutilité de la représentation. Il y aurait dans le jugement qui l'aurait ordonnée mieux qu'un préjugé sur l'admissibilité de la représentation, il y aurait décision formelle, annonçant que le juge se réserve de subordonner à ses résultats la solution de l'affaire.[1]

Il importerait donc peu que l'avant-dire-droit réservât aux parties tous leurs droits et exceptions. Cela sans doute laisse intacts tous les moyens se rattachant au fonds, mais nullement ceux relatifs en la forme. Comment, en effet, après avoir exécuté le jugement et représenté les livres, soutenir que la demande en représentation n'était ni recevable ni admissible? Le jugement aurait produit tout son effet, et quels seraient l'utilité et le profit d'une attaque ultérieure?

315. — Il n'est qu'un seul cas où le jugement serait simplement préparatoire, à savoir, si la représentation

[1] Chauveau sur Carré, art. 452, quest. 1616.

n'avait pas été contestée, et, dans ce cas encore, la fin de non-recevoir contre l'appel séparé serait plutôt la conséquence du contrat d'acquiescement que du caractère propre du jugement.

Il en est donc de la représentation des livres comme de la preuve testimoniale, ou de tout autre mesure interlocutoire. Si aucune contestation n'en a accueilli la demande, l'appel ne peut être interjeté qu'avec celui du jugement définitif. Si, au contraire, l'une des parties a résisté, si elle l'a combattue comme non-recevable ou inutile, le jugement, qu'il ait prononcé ou sursis à statuer sur le mérité de ces contestations, n'en est pas moins interlocutoire.

316. — Nous n'hésitons pas à penser qu'il en est de même dans le cas où la représentation a été ordonnée d'office par le juge. Sans doute, dans cette hypothèse, aucune des parties n'a contesté, mais elle n'a jamais été en mesure de le faire. La preuve que si cette possibilité eût existé, celui qui prétend émettre appel aurait contesté, se tire de l'appel lui-même. Il est donc présumé avoir combattu en première instance ce qu'il va combattre devant le second degré du juridiction.

D'ailleurs, quoique rendu d'office, le jugement n'en indique pas moins la réserve que se fait le juge de subordonner sa décision aux résultats de la mesure qu'il ordonne. Le préjugé naît donc de ce jugement qui ne peut dès-lors être considéré que comme interlocutoire.

317. — Le commerçant à qui on demande la production de ses livres ne saurait se prévaloir de leur irrégularité pour la refuser. Il est vrai que les livres irréguliers ne peuvent faire foi en justice, mais en faveur de celui qui les a ainsi tenus contrairement au devoir qui lui était imposé. Mais quels qu'ils soient, ainsi que nous le disions sous l'article 13, ils font preuve contre lui.

La conséquence naturelle de cette règle était qu'il ne pût exciper de leur irrégularité à l'effet de se dispenser de les représenter lorsqu'il en est requis soit par son adversaire, soit par la justice. Il est évident, en effet, que décider autrement, c'était admettre que ses livres, ne pouvant faire foi en sa faveur, ne pourraient non plus devenir une preuve contre lui, et renverser ainsi la peine que l'article 13 a entendu faire résulter de l'inobservation de la loi.

C'était de plus placer celui qui l'aurait violée dans une position plus avantageuse que celle du commerçant l'ayant scrupuleusement observée. Celui-ci, en effet, pouvait dans un cas être condamné sur ses livres, l'autre jamais, puisque, maître de les représenter ou de les refuser, il n'eût pas manqué de s'arrêter à ce dernier parti toutes les fois qu'il aurait eu à redouter leurs énonciations.

Un pareil résultat eût été une monstrueuse anomalie que l'intérêt public, que la raison et le droit condamnaient énergiquement. Le commerçant n'a des livres irréguliers que parce qu'il a débuté par violer une loi formelle. Il est donc juste qu'il en soit puni. Toutes les

fois dès-lors qu'il tentera de se prévaloir de cette violation, il devra être impitoyablement repoussé.

318. — Les tiers ayant traité avec un commerçant n'ont aucune part dans la tenue irrégulière de ses écritures. Ils sont donc recevables à en exciper toutes les fois qu'ils le jugent convenable à leurs intérêts.

Ils ont cette faculté même dans le cas où ils ont eux-mêmes demandé la représentation des livres. Ils peuvent, en effet, soutenir que cette demande supposait l'existence de livres dignes de foi par la régularité de leur tenue, mais que la confiance qu'ils auraient témoignée à ceux-ci, ils la refusent à ceux qu'on prétend produire et dont rien ne garantit la sincérité.

319. — Mais pour être admis, ce refus doit être fait en temps utile, c'est-à-dire au moment où par la représentation des livres on a pu connaître leur irrégularité. Si on les avait d'abord acceptés, si on en avait extrait ce qui concerne le différend, l'exception d'irrégularité ne serait plus ni proposable, ni admissible.

320. — Ainsi les tiers créanciers ou débiteurs ont la faculté d'opposer l'irrégularité des livres de leur adversaire et les faire rejeter du procès, soit que celui-ci prétende les leur opposer, soit qu'ayant eux-mêmes demandé leur production, ils découvrent cette irrégularité. Ils ont de plus un autre droit, à savoir, celui d'en forcer la représentation malgré leur irrégularité. Nous l'avons déjà dit, celle-ci ne peut être opposée par

celui à qui elle est exclusivement imputable. Bien entendu que, dans cette hypothèse, ils ne sauraient eux-mêmes être admis à exciper plus tard de ce défaut de formes qui ne les aurait pas empêchés de faire ordonner cette représentation. [1]

321. — Ce qui distingue la communication des livres de leur représentation, c'est que, dans la première, le commerçant se dessaisit de ses livres en faveur des parties intéressées, libres dès-lors de les examiner et de les compulser dans toutes leurs parties. Dans la seconde, au contraire, le commerçant est autorisé à ne pas s'en dessaisir, à ne pas les perdre de vue, il n'est tenu de les représenter seulement pour qu'en sa présence et avec son concours on puisse en extraire ce qui concerne le différend.

C'est là tout ce que peut exiger le demandeur en production. C'est là tout ce qu'on pouvait lui accorder. Il n'était pas possible, en effet, qu'après avoir proscrit la communication pour assurer l'inviolabilité du secret du commerce et de la famille, on en autorisât la divulgation, en la facilitant par un moyen indirect et détourné.

322. — C'est ce qui avait été justement admis par tous les peuples commerçants. La restriction écrite dans notre Code avait été expressément consacrée par l'article 10 du titre III de l'ordonnance de 1673. C'est

[1] V. *suprà*, n[os] 261 et suiv.

ce que nous retrouvons dans la forme même que la jurisprudence avait tracée. Ainsi en Italie, de droit commun, on n'était obligé de représenter que la page sur laquelle figurait l'opération litigieuse, *nisi in ea parte aut pagella qua adest controversia.* [1]

Jason, sur la loi première du Code *de edendo*, nous apprend qu'à Florence un marchand n'est pas tenu de représenter ses livres, journaux et registres, si le demandeur ne désigne, par l'extrait du compte du marchand, en quel feuillet du livre il est couché. *Adeo timent*, dit Mornac sur la même loi, *caventque ne edatur tantillum domus fortunatiumque suarum existimatio.*

Mornac ajoute que l'usage du Parlement est de faire rapporter les livres des marchands devant les juges ou devers deux marchands, et en leur présence d'ouvrir et de lire tout d'un temps le feuillet auquel le demandeur indique qu'il est fait mention de la chose en question. *Arcana enim in reliquis partibus retegi, oculisque alienis, iisque ut plurimum maligne curiosis subjici, iniquum semper visum est nec toleratum unquam.*

323. — Voilà les sévères précautions que le respect du secret d'autrui avait inspirées à nos devanciers. Voilà aussi les traditions que notre législateur a voulu s'approprier et suivre. Ainsi, comme l'ordonnance, le Code de commerce n'autorise la représentation des

[1] Casaregis *de com.*, *disc.* 30, n° 79.

livres que pour en extraire ce qui concerne le différend, et cette restriction indique assez quelle est la forme à laquelle doit obéir cette représentation.

Le marchand n'est donc pas tenu de se dessaisir de ses livres. C'est en sa présence, sous ses yeux, que le juge ou l'expert commis doit en faire l'extrait, sans que son attention puisse se porter sur d'autres opérations que celles sur lesquelles le litige est engagé, ce que le négociant est toujours maître d'empêcher en refusant d'ouvrir les livres aux passages étrangers à ces opérations.

324. — De son côté, celui qui a requis la représentation des livres a droit d'assister à l'extrait qui en est fait. Mais on n'est pas tenu de l'y appeler, et son absence occasionnée par ce défaut d'appel n'influe en rien sur l'opération consommée hors sa présence. Dans une espèce jugée par la Cour de Paris, on prétendait assimiler la représentation des livres à un compulsoire, pour en induire la nullité de la vérification faite sans que le demandeur y eût été appelé.

Mais l'arrêt qui intervint repoussa cette prétention sur le motif que la vérification des livres, par suite de leur représentation, n'avait aucun des caractères du compulsoire, que dès-lors elle ne pouvait être soumise aux formalités tracées pour celui-ci; que la présence de la partie étant facultative, on ne saurait l'empêcher de s'y présenter, mais qu'on n'était pas obligé de l'y appeler, malgré que le jugement eût ordonné que

l'opération aurait lieu parties présentes ou dûment appelées.[1]

325. — Ainsi, en principe, la représentation des livres ne saurait devenir ni le prétexte ni le moyen de pénétrer un secret que la loi a voulu rendre impénétrable. Elle ne peut donc avoir pour résultat d'amener le dessaisissement matériel du commerçant qui est condamné à les produire, soit par un dépôt au greffe, soit par une remise entre les mains d'un tiers, et c'est surtout à ce point de vue que l'arrêt de la Cour de cassation, du 25 janvier 1843, s'est écarté de la saine doctrine, puisqu'il consacre précisément le contraire, en ordonnant le dépôt au greffe des livres dont on ne devait autoriser que la représentation.[2]

326. — Que ce principe puisse subir des exceptions, on peut l'admettre. Quelle est, en effet, la règle qui n'en comporte aucune? Mais encore faut-il que ces exceptions n'affectent pas un caractère diamétralement opposé à l'essence du principe lui-même; et ce caractère nous le rencontrerions toutes les fois que la mesure ordonnée serait dans le cas de permettre de compulser librement les livres et de lire dans tout leur contenu.

Nous comprenons que dans une contestation entre un maître et un ouvrier, sur la détermination des salaires de celui-ci, le juge ou l'expert commis puisse

[1] Paris, 28 juillet 1813.
[2] V. *sup.*, n°s 299 et 300.

examiner toutes les indications des livres se référant à ces salaires; que, lorsqu'il s'agit de la négociation de certains billets litigieux, on puisse extraire de ces livres non-seulement ce qui est relatif à la négociation des billets litigieux, mais encore ce qui concerne d'autres négociations pouvant jeter du jour sur le différend. Ce sont là des objets devenant des spécialités soit par la nature des indications, soit par la désignation des négociations accessoires que la partie invoquera, se référant d'ailleurs essentiellement à l'objet du litige et rentrant dès-lors dans les termes de l'article 15. Dans les deux cas, au surplus, le commerçant n'est pas dessaisi de ses livres, et il demeure libre de surveiller l'opération.

Mais nous ne saurions admettre que, dans une hypothèse quelconque, on pût, sous prétexte de représentation, autoriser une mesure ne tendant à rien moins qu'à arracher les livres à la possession du commerçant pour un temps plus ou moins long. Car, quel que soit celui qui sera appelé à y lire, il est certain que le secret de ce commerçant sera à sa discrétion, et c'est précisément ce que, à toutes les époques, la loi a entendu absolument proscrire.

327. — L'article 16 nous fournit un exemple décisif de l'importance que notre Code attache à ce que le commerçant ne perde pas de vue ses écritures. Les inconvénients d'une dépossession temporaire l'ont déterminé à ne pas même exiger leur déplacement.

Ainsi, lorsque le domicile du commerçant tenu de

représenter ses livres est éloigné du lieu où siége le tribunal saisi du litige, ce tribunal peut déléguer le soin d'en extraire ce qui concerne le différend soit aux juges du tribunal de commerce de la localité, soit à un juge de paix. Ce n'est là sans doute qu'une faculté, mais il est évident que son exercice est complètement dans l'esprit de la loi. Elle en eût certainement fait un devoir, si la nature et le caractère de la juridiction commerciale ne lui eussent pas paru insusceptibles de règles absolues.

328. — La mission du magistrat rogatoirement commis se borne à dresser procès-verbal de l'opération. Ce procès-verbal doit renfermer la copie extraite des livres. Il doit également indiquer l'état matériel du passage extrait, les ratures, surcharges ou renvois qui existeraient. Ce procès-verbal transmis au tribunal, celui-ci juge définitivement.

329. — L'expert ou le juge commis ne peut, dans aucun cas, exiger que le commerçant transporte ses livres hors de son domicile; il doit lui-même se rendre dans le magasin ou comptoir dans lequel ces livres sont reposés, et y procéder à l'extrait qu'il doit en faire.

Ce point n'était susceptible d'aucun doute sérieux sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Celle-ci, en effet, n'avait en rien dérogé à celle du 18 février 1578, aux termes de laquelle : *Les marchands ne pourront être dessaisis de leurs livres et papiers de raison, ni*

tenus les exhiber et représenter en justice, ni transporter hors leurs maisons pour en être fait extrait ; et que les extraits ne seront faits qu'ès endroits que lesdits livres feront mention des choses qui se trouveront litigieuses et en controverse, et en leurs dites maisons, ou la collation s'il y échet.

Il est vrai que cette dernière ordonnance était spéciale aux priviléges des foires de Lyon, mais le mode d'extraire des livres ce qui concernait le différend devint généralement applicable depuis que l'ordonnance de 1673, s'appropriant la prohibition et la restriction de l'édit de 1578, les rendit l'une et l'autre le droit commun de toute la France.

Dès-lors aussi le Code de commerce, n'ayant voulu permettre que ce que l'ordonnance de 1673 permettait, n'a pas dû se montrer moins jaloux qu'elle de la forme qu'il convenait de suivre. Les motifs étant les mêmes, le résultat devait être identique. De plus, il est évident que ces motifs, n'étant puisés que dans le désir de rendre plus inviolable encore le secret des affaires du commerçant, se trouvent en harmonie complète avec l'esprit général de la législation de 1807.

Concluons donc que la forme qu'il convient de donner à l'exécution des mesures prescrites par les articles 15 et 16 ne peut être autre que celle que l'ordonnance de 1673 admettait comme obligatoire.

—

ARTICLE 17.

Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie.

SOMMAIRE.

330. Motifs pour lesquels le législateur a attaché une peine à l'inexécution des obligations qu'il impose.
331. Nature de l'article 17. Nécessité de la peine qu'il prononce.
332. Sa nature résultait de celle de l'obligation dont elle devenait la sanction.
333. Elle avait été admise sous l'ordonnance de 1673, malgré qu'elle n'y fût pas écrite.
334. Modification que lui a fait subir le Code en l'introduisant dans ses dispositions.
335. Motifs de cette modification.
336. Position des syndics d'une faillite en présence de l'obligation de prêter serment.
337. On ne doit pas le leur imposer.
338. *Quid* des héritiers et représentants de la partie.
339. Diverses hypothèses dans lesquelles le serment ne paraît pas nécessaire.
340. Rapport entre l'article 17 et l'article 1367 du Code Napoléon.
341. La condamnation pure et simple pourrait être prononcée à titres de dommages-intérêts. Arrêt conforme de la Cour de Paris.
342. Hypothèses dans lesquelles le serment pourrait être nécessaire.
343. Conclusion.
344. Comment doit s'entendre la faculté conférée par l'article 17 vis-à-vis du commerçant qui refuse la re-

330. — Il est du devoir de tout citoyen d'exécuter la loi et d'obéir aux décisions de la justice. Il n'y a de société possible que par l'exécution absolue de ce devoir. Le jour où l'on pourrait impunément s'en dispenser ou s'y soustraire verrait la plus odieuse anarchie atteindre et anéantir bientôt l'ordre social tout entier.

Une perspective de ce genre dictait au législateur

la conduite qu'il devait tenir. L'intérêt personnel, aux prises avec une obligation dont il aurait à redouter les conséquences, pouvait bien faire prévaloir ses inspirations et négliger ce devoir. Il fallait donc assurer celui-ci d'une manière telle que son inexécution entraînât le préjudice qu'on se promettait ou qu'on était présumé se promettre d'éviter par cette inexécution elle-même.

331. — C'est ce but que la loi a voulu atteindre lorsque, à côté de chaque obligation de faire, elle place une sanction destinée à en rendre l'inexécution inutile pour son auteur, en lui en faisant perdre tout le bénéfice. Les articles 15 et 16 prescrivent la communication ou la représentation des livres. L'article 17 est destiné à assurer l'exécution des deux autres.

La nécessité d'une peine était la conséquence du droit que la loi conférait à la partie intéressée d'exiger, dans certains cas, la communication des livres; dans certains autres, leur représentation; de la faculté donnée aux tribunaux d'ordonner celle-ci d'office. Mais elle avait un autre but non moins élevé, à savoir, celui de contraindre les commerçants à revêtir leurs écritures des formes qui leur étaient prescrites. La représentation des livres ne sera légalement faite qu'autant que ces livres seront réguliers. Forcer celle-ci, était donc un moyen d'amener les intéressés à donner à leurs écritures le caractère pouvant seul leur faire éviter la peine résultant du défaut de production.

332. — La nature de la peine qu'il convenait de sanctionner était indiquée par le caractère de l'acte qu'il fallait réprimer. Refuser de produire ses livres sur la demande formelle que la loi confère le droit de former, la refuser lorsque la justice l'a déclarée indispensable, et lorsque la partie a offert d'ajouter foi à leur contenu, est un acte ne pouvant comporter qu'une seule explication, à savoir, la certitude, chez celui qui se le permet, que de cette représentation doit naître sa propre condamnation. Dès-lors sa résistance imprime à sa demande ou à son exception un tel caractère de mauvaise foi, qu'on ne saurait désormais y avoir aucun égard.

Quel autre motif, en effet, pourrait-il raisonnablement alléguer pour justifier sa conduite? Dira-t-il qu'il craint de compromettre ou de hasarder le secret de ses affaires? Mais la forme dans laquelle la représentation doit s'opérer, telle que nous venons de la voir résulter de la loi et des usages, exclut toute crainte de ce genre; que ses livres sont irréguliers? Mais il ne pourrait se faire un titre d'une négligence que la loi n'a nulle part excusée, mais dont l'exception appartient exclusivement à son adversaire. Or, si loin de s'en prévaloir, celui-ci déclare accepter les livres tels quels, peut-il continuer à les refuser sans rendre sa mauvaise foi plus évidente encore?

Dira-t-il enfin qu'il n'en a tenu aucuns? Mais cette excuse, inadmissible en droit, est invraisemblable en fait. Un commerce quelque peu important ne peut se concilier avec l'idée d'une absence complète d'écri-

tures. Il ne pourrait donc la rendre probable qu'en produisant les cahiers informes par lesquels il prétend avoir remplacé les livres.

Mais, dans ce cas même, rien ne justifiant que ces cahiers ne sont pas des brouillards destinés à une rédaction ultérieure des livres, on ne saurait admettre l'inexistence de ceux-ci et l'exonérer du reproche de fraude. Son refus le placerait donc sous la présomption que nous venons d'indiquer, et motiverait l'application de l'article 17. Il est censé vouloir, *per fas et nefas*, se soustraire à une condamnation. Cette condamnation devient dès-lors un devoir pour la justice.

333. — Ce résultat est d'une moralité tellement incontestable, que, quoique non prévu par la loi, il n'en était pas moins admis sous l'empire de l'ordonnance de 1673. C'est ce que nous enseignent la doctrine et la jurisprudence.

« Si le marchand n'a point tenu des livres, ou qu'en ayant tenu, lui ou ses hoirs refusent de les représenter, bien que sa demande soit fondée sur une promesse écrite et signée de la main de celui à qui les marchandises ont été livrées, en ce cas, le livre journal du débiteur doit faire foi pour prouver qu'il a payé, parce qu'un marchand qui ne tient point de livres en bonne forme est réputé de mauvaise foi. »

« La représentation des livres des marchands peut aussi être ordonnée lorsque celui qui la demande s'en veut servir pour établir sa défense ou ses exceptions; comme s'il dit qu'il a payé, et que, pour en justifier, il

requiert que les livres du demandeur soient représentés. En ce cas, si le demandeur refuse de le faire, le juge DOIT déférer le serment au défendeur. »[1]

Jousse enseigne la même doctrine : « Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge DOIT alors déférer le serment à l'autre partie. »[2]

334. — Le Code de commerce n'a donc fait que conformer sa disposition à la pratique que l'ordonnance de 1673 avait fait naître, pratique d'ailleurs trop naturellement indiquée pour qu'elle pût échapper aux regards du législateur.

Seulement, en l'élevant à la hauteur d'une disposition législative, les auteurs du Code l'ont quelque peu modifiée. Ainsi l'article 17 ne dit pas qu'en cas de refus de représenter les livres le juge DOIT ; il se contente de disposer que le juge PEUT déférer le serment à l'autre partie, convertissant ainsi en une pure faculté ce que l'ancienne doctrine considérait comme un devoir.

335. — Nous l'avons déjà dit, notre législateur a voulu exclure de la matière commerciale toute règle impérative et absolue. Il lui a paru important de n'opposer aucune gêne, aucune entrave au développement de la liberté et de l'indépendance qu'exige la juridiction consulaire, à laquelle l'équité convient

[1] Bornier, sur l'article 10, tit. III de l'ordonnance de 1673.
[2] Ibid.

beaucoup plus que la rigueur des principes. Il a voulu surtout qu'elle ne pût jamais se trouver en face d'une hypothèse de nature à faire fléchir une règle dont l'application exacte pouvait devenir impossible ou évidemment illusoire.

Rendre le serment obligatoire, c'était s'exposer à cet inconvénient, notamment dans les faillites et pour les contestations relatives à la vérification des créances.

336. — Des syndics peuvent bien concevoir des doutes sur la nature de la créance, sur son caractère, sur son chiffre, mais ils ne peuvent jamais acquérir une certitude telle que l'exige l'obligation de prêter serment. Leur devoir est de contester la sincérité de la créance en tout ou en partie, de demander à cet effet la représentation des livres de celui qui se prétend créancier, afin d'arriver à un résultat positif par leur rapprochement avec ceux du failli. Il est certain que si cette représentation est refusée, ils seront d'autant moins en position de jurer que les renseignements à l'aide desquels ils voulaient s'édifier eux-mêmes leur manqueront absolument.

Les obliger à prêter serment c'était donc ou les soumettre à une vaine formalité sans force aucune, ou les mettre dans la nécessité de perdre leur procès, si, dans l'état d'incertitude où ils sont, ils refusent de lier témérairement leur conscience. Ce résultat, absurde dans le premier cas, serait inique dans le second. Le créancier contesté n'aurait pas de meilleur moyen que de céler

ses écritures, et il gagnerait un procès que leur représentation devait peut-être lui faire perdre sûrement.

337. — Aussi n'hésitons-nous pas à dire qu'en matière de faillite on peut faire abstraction complète de l'article 17, et qu'on arrivera à une solution légitime par l'application d'un principe spécial. Aujourd'hui, comme sous l'empire de la déclaration de 1739, aucun créancier ne peut être admis au passif de la faillite qu'après avoir fait vérifier ses titres. C'est à lui qu'incombe la charge de provoquer cette vérification, d'en fournir tous les éléments. Or, si les livres paraissent devoir être un de ces éléments, et qu'au lieu de les représenter, il refuse de le faire, on devra décider qu'il n'a pas rempli son obligation, et sa créance, ne pouvant être vérifiée par sa faute, doit être purement et simplement repoussée de la faillite.

338. — L'inconvénient qu'une règle absolue, quant au serment, présenterait pour les syndics d'une faillite, s'offrirait également dans le cas où la représentation des livres serait exigée par les héritiers de celui qui a traité avec le commerçant, si, d'ailleurs, l'exception qu'ils opposeraient prenait naissance dans un fait personnel à leur auteur. Sur quoi pourrait-on leur déférer le serment, si leur adversaire refusait de représenter ses livres? Sur la croyance dans laquelle ils sont de la vérité du fait dont ils excipent, et on ne pourrait évidemment leur demander autre chose. Mais l'indication de cette croyance n'est-elle pas la conséquence néces-

saire du procès qu'ils intentent ou qu'ils soutiennent? Leur serment est donc en quelque sorte prêté d'avance. Il n'ajoutera rien à ce qui ressort déjà de leur conduite. Est-il dès-lors de la dignité de la justice de l'ordonner?

Le plus sage était donc de s'en référer exclusivement à la prudence du juge, et de le laisser libre d'agir dans chaque espèce selon que les circonstances le détermineront.

339. — D'ailleurs, le serment est une mesure trop solennelle pour qu'on s'expose à le discréditer, en le prodiguant dans les cas où il n'est pas indispensable. Ce n'est donc qu'en tant que la solution du litige ne pourrait naturellement s'induire des principes généraux du droit, qu'on doit recourir à cette voie. Or, en matière de représentation des livres, il sera vrai dans bien des cas qu'il suffira de se référer à ces principes pour résoudre sainement la difficulté.

Supposez que le commerçant défendeur ait à répondre à une action fondée sur un titre émané de lui. Il ne peut en contester l'existence et la sincérité, seulement il soutient que le titre est éteint. Si sa prétention est fondée, bien certainement on en trouvera la trace dans ses livres, qui pourront dès-lors être utilement consultés. Si, au lieu de produire lui-même ces livres, il laisse à son adversaire le soin d'en requérir la représentation, si, sur cette demande, il refuse encore de les produire, à quoi bon le serment? N'est-il pas évident que la preuve de sa prétendue libération ne se trouve pas dans ses livres? Abstraction faite de cette pré-

somption, n'est-il pas évident que, sous le rapport du droit commun, il doit être débouté purement et simplement de son exception? *Reus excipiendo fit actor.* Il était donc tenu de justifier sa prétention. Or, non-seulement il ne l'a pas fait, mais il a même refusé le moyen bien simple de le faire qui lui était offert par son adversaire. L'absence de toute justification suffit pour que cette prétention ne puisse être accueillie.

Supposez l'hypothèse contraire, un commerçant ajourne une personne en paiement d'une somme qu'il prétend lui être due. Il n'a aucun titre émané de celle-ci, seulement il soutient lui avoir vendu certaine quantité de denrées ou d'effets. Son adversaire avoue la dette, mais il déclare en même temps qu'il a payé, et il réclame la représentation des livres sur lesquels il prétend que le paiement a été inscrit. Le refus de cette représentation laisse la demande du commerçant sans aucune justification. Il ne saurait en effet diviser l'aveu, et s'il l'invoque dans la partie relative à l'existence de la dette, il doit l'accepter dans celle se rapportant au paiement. La justice se trouve donc en présence d'une allégation à laquelle, d'ailleurs, le refus de représenter les livres enlève toute vraisemblance, toute probabilité. Que faut-il de plus pour qu'elle la rejette?

Dans l'une et l'autre hypothèse donc, si l'appel fait aux livres du commerçant n'est pas écouté, s'il n'est pas obéi, son adversaire doit être mis purement et simplement hors de cause, soit sur la demande, soit sur l'exception, sans qu'on soit obligé de lui déférer le serment. La décision trouve sa plus complète justification

dans l'application des principes généraux sur les obligations imposées à tous les demandeurs, et qui sont communs à toutes les juridictions. On pourrait d'autant moins reprocher au juge de n'avoir pas déféré le serment, qu'indépendamment de ce qu'il n'était pas obligé de le faire, on pourrait aller jusqu'à dire qu'il n'était pas en position de le faire légalement.

340. — En effet, l'article 17 ne renferme qu'un cas d'application du principe général posé par l'article 1367 du Code Napoléon, il suppose donc que la demande ou l'exception, sans être pleinement justifiée, n'est pas totalement dénuée de preuve. Or, dans nos deux hypothèses, il est évident que non-seulement la demande n'est pas justifiée, mais encore qu'elle est totalement dénuée de preuve. Le refus de produire les livres élève même contre l'une ou l'autre un préjugé décisif ne permettant pas de la considérer comme sérieuse.

Le refus du serment ne constitue donc, dans ce cas, que la déduction logique de la véritable pensée de la loi, que sa saine interprétation. Il peut en outre se justifier sous un autre point de vue non moins incontestable.

341. — Toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts dont la quotité et la nature sont laissées à l'arbitrage souverain du juge. Or, le devoir de représenter les livres est sous tous les rapports une obligation de faire, et la perte du procès peut n'être, aux

yeux du juge, que la juste indemnité de son inexécution.

Pourrait-on contester à l'obligation de représenter les livres le caractère et les effets que nous lui attribuons? Mais sur quoi fonderait-on cette dénégation? Par cela seul qu'un négociant traite avec un tiers, il contracte l'engagement de représenter éventuellement ses livres, sans qu'il soit nécessaire de le stipuler. Cette obligation est de plein droit consacrée par la loi, parce qu'elle a compris que celui qui traite avec un commerçant agira avec d'autant plus de confiance que la certitude de rencontrer dans ses livres les phases diverses de l'opération le rendra moins exigeant à s'en procurer la preuve. Le punir de cette confiance, ce serait attenter au crédit lui-même que l'intérêt public recommande à un si haut point.

L'obligation existe donc, et certes son caractère ne saurait être méconnu. L'objet qu'elle a pour but est un pur fait dépendant exclusivement de la volonté du débiteur que rien ne saurait suppléer. C'est donc véritablement une obligation de faire, dans toute l'acception du mot.

Pourquoi donc lui refuserait-on l'effet ordinaire aux obligations de cette nature? Vaudrait-il mieux laisser le débiteur libre de se soustraire aux devoirs qui lui sont imposés? Personne n'osera le soutenir. Il faut donc, l'inexécution se réalisant, recourir au remède indiqué par la loi. Pourrait-on en choisir un plus efficace, dans cette circonstance, que la perte du procès sans condition, et conséquemment l'entérinement pur

et simple de la demande de celui qui a vainement recouru aux livres de son adversaire?

Cette doctrine n'a rien que de moral et de juste. Aussi a-t-elle été expressément consacrée par la Cour de Paris, le 29 janvier 1828.

Son arrêt décide que lorsqu'un préposé à une espèce d'opérations commerciales, assigné en reddition de compte, prétend qu'il n'a pas de comptes à rendre d'une partie des opérations, parce qu'elles ont été faites par le commettant lui-même, il peut exiger que celui-ci produise son livre journal pour y puiser des renseignements à ce sujet; et qu'en cas de refus du commettant le compte du préposé peut, à titre de dommages-intérêts, être alloué tel qu'il le produit.

342. — Mais, dira-t-on, à quoi bon dès-lors l'article 17, et la faculté de déférer le serment? La réponse est facile. Il peut se présenter telle hypothèse où, malgré le refus de représenter les livres, il reste encore des doutes sérieux dans l'esprit des magistrats, soit que les explications données par la partie qui l'a réclamée ne soient pas décisives, soit que la cause du refus ne soit pas clairement établie. C'est pour cette hypothèse que la disposition de l'article 17 a été insérée dans la loi.

Ainsi un commerçant poursuit le paiement d'un titre émané de celui qu'il attaque. Celui-ci soutient qu'il a payé et que la preuve se trouve dans les livres mêmes du demandeur. En conséquence il en demande la représentation. Le refus de les représenter qu'oppose

celui-ci ne fait pas qu'il ne soit pas nanti du titre, et cette circonstance peut laisser quelque doute que le serment doit faire évanouir. On comprend dès-lors son utilité.

Remarquons de plus que loin de méconnaître le principe de l'article 1367 du Code Napoléon, notre solution en fait au contraire la plus exacte application. Le paiement allégué n'est pas pleinement justifié, mais il n'est pas non plus totalement dénué de preuve. La bonne foi de celui qui l'oppose, prouvée par l'appel qu'il fait aux livres de son adversaire, le refus que fait celui-ci de les produire, élèvent en faveur du paiement des présomptions considérables, c'est dès-lors avec toute raison et très légalement que les juges défèrent le serment comme garantie suprême d'une vérité qui n'est jusque là que présumée.

343. — Au reste, cette interprétation rationnelle de l'article 17 ne lui fait rien perdre de son caractère purement facultatif. Quelle que soit l'hypothèse qui se présente, les juges peuvent ou non soumettre le défendeur au serment. Quelle qu'elle soit, leur décision ne pourrait être attaquée sous prétexte de violation ou de fausse interprétation de la loi.[1]

344. — Il y a même à remarquer que la faculté donnée par l'article n'est pas seulement celle de donner gain de cause au défendeur avec ou sans serment.

[1] Cass., 5 août 1823

Elle comprend également le droit d'apprécier le refus du commerçant, et, suivant le cas, de n'y avoir aucun égard.

Dans une espèce soumise à la Cour de Caen, un commerçant, sommé de représenter ses livres, opposait à cette demande le refus le plus absolu; entre autres moyens, il soutenait que la mesure réclamée était frustratoire et inutile; qu'elle n'avait pour objet que d'éterniser le litige, qu'il était donc fondé à s'y refuser.

De son côté l'adversaire, s'emparant de la disposition de l'aticle 17, en demandait l'application. Mais sa prétention fut repoussée par la Cour. L'arrêt considère en fait : Que, d'après les circonstances de la cause, l'appel fait aux livres ne tendait qu'à prolonger indéfiniment des contestations qui duraient depuis longtemps; que, depuis la cessation de son commerce, la partie à laquelle on voulait faire produire ses livres n'en avait conservé aucun aux époques signalées; enfin que le demandeur en représentation avait déjà eu trois fois entre les mains les registres de la société, et que le renouvellement des délais ne pouvait être utile à la manifestation de la vérité.

Cet arrêt fut déféré à la Cour suprême. Mais le pourvoi dont il avait été l'objet fut rejeté le 18 janvier 1832.

345. — C'est ici le lieu de faire remarquer que le refus dont parle l'article 17 ne peut s'entendre de celui qui se réalise lorsque le commerçant ne fait encore que contester la demande que formule son

adversaire. Nous avons déjà dit que les juges ne sont pas obligés d'ordonner la représentation des livres toutes les fois qu'elle est demandée. En conséquence, tant que la justice n'a pas prononcé, le litige sur la représentation des livres n'est qu'un incident ordinaire dont on ne peut rien conclure contre le commerçant. Sa résistance est naturelle et juste, elle se légitime par l'intérêt évident qu'il a à faire immédiatement juger le fond.

D'ailleurs, cette résistance peut être fondée, car les juges peuvent la consacrer. Mais, alors même qu'ils la condamneraient, la décision ne statue que pour l'avenir. On ne saurait donc pas plus exciper de sa conduite passée, qu'il ne saurait lui-même y persister malgré le jugement rendu.

Conséquemment si, la représentation ordonnée par la justice, il continue de refuser la production de ses livres, ce refus revêtira le cachet de mauvaise foi et de fraude que nous avons déjà signalé. L'application de l'article 17 deviendra inévitable, c'est-à-dire qu'il devra être condamné sans que les juges soient obligés de déférer le serment à son adversaire.

346. — Ainsi le devoir pour le commerçant de produire ses livres ne commence que du moment où la justice a décidé qu'il est tenu de le faire. En résistant jusque là à la demande qui lui en était adressée, il n'a fait qu'user d'un droit que sa défense légitimait. C'est là un moyen préjudiciel qui doit être vidé par la justice, et qui, jusqu'à décision, ne saurait entraîner contre lui aucune conséquence, aucun préjugé fâcheux.

En dernière analyse, avant de recourir à la disposition de l'article 17, les tribunaux auront à apprécier le caractère du refus dont on excipera contre le commerçant.

Si ce refus s'est borné à soutenir que la représentation était inutile, que la demande en était non-recevable ou mal fondée, les juges prononceront. Dans le cas où ils admettraient le contraire, ils détermineront le délai pendant lequel devra être faite la représentation.

Si, ce jugement rendu, le commerçant persiste dans son refus, rien ne saurait le soustraire à l'application de l'article 17. Il en serait de même si, la représentation ayant été ordonnée d'office, le commerçant refusait de l'exécuter.

347. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, lorsque, le litige existant entre commerçants, l'un d'eux refusait de représenter ses livres, les livres de l'autre, s'ils étaient produits, faisaient pleine foi en sa faveur. La doctrine l'admettait sans difficultés. La jurisprudence l'avait ainsi consacré.

C'était là au reste une conséquence du silence que l'ordonnance avait gardé sur les effets de la violation de ses dispositions relatives aux formalités tracées pour la tenue des écritures. Ce silence, dépouillant ces dispositions de toute sanction, avait bientôt amené leur désertion. On en était enfin arrivé à ce point que, quoique non cotés ni paraphés, les livres des marchands ne devaient pas moins être admis en justice et faire

foi en faveur de celui qui les avait tenus, pourvu qu'ils fussent écrits tout d'une suite, par ordre de dates et sans blancs ni lacunes. [1]

348. — Ce qui se pratiquait sous l'ordonnance de 1673 ne saurait l'être encore depuis la promulgation du Code. Le commerçant auquel son adversaire refuserait la représentation des livres ne pourrait invoquer les siens que s'ils étaient régulièrement tenus. Telle est, en effet, la condition exigée par l'article 12, pour que des livres quelconques puissent être produits en justice et faire preuve en faveur de celui qui les a tenus.

D'autre part, l'article 13 enlève aux écritures irrégulières tout caractère probant, il ne permet pas même de les produire en justice, et surtout de créer un droit quelconque en faveur de celui qui a dédaigné d'exécuter la loi. Cette règle est absolue et ne comporte aucune exception. Conséquemment si, dans un litige quelconque, les juges s'étaient étayés des livres irréguliers et avaient accepté leurs indications comme éléments de leur décision, cette décision devrait être annulée pour violation de l'article 13 et fausse application de l'article 12.

Vainement arguerait-on du refus de l'autre partie de représenter ses livres, ce qui plaçait les juges dans la nécessité de s'en remettre à ceux qui étaient produits. Mais ce refus ne pouvait avoir pour effet certain que le

[1] V. *sup.*, n° 220.

déboutement pur et simple, ou à charge de serment de la demande ou de l'exception de son auteur. Ce serait entendre singulièrement les conséquences d'un pareil refus que d'en faire ressortir une modification à la règle de l'article 13, que de lui reconnaître le pouvoir d'autoriser ce que la loi prohibe expressément.

349. — L'article 17 semble, dans son texte, limiter la faculté qu'il confère au cas où la représentation des livres est sollicitée avec offre d'ajouter foi à leur contenu. De là la question de savoir ce qu'il doit en être lorsque la représentation est demandée sans condition aucune, notamment lorsqu'elle est ordonnée d'office par le juge?

Nous ne croyons pas cette question susceptible de sérieuses difficultés. L'esprit de la loi nous paraît la résoudre. On ne peut admettre, en effet, que le législateur ait pu créer un droit illusoire, ni autoriser la violation de la chose jugée. C'est ce qui se réaliserait cependant si ayant consacré : pour la partie, le droit de demander la représentation des livres; pour le juge, la faculté de l'ordonner d'office, on ne pouvait punir le refus que le commerçant en ferait.

D'ailleurs, de quelque manière que cette représentation ait été ordonnée, ce qui résulte de la décision, c'est qu'en l'état la cause n'est pas susceptible de recevoir jugement au fond, que le juge hésite et doute. Comment cet état de choses sera-t-il changé si la partie en possession de produire les documents destinés à dissiper cette hésitation et ce doute se refuse obstiné-

ment à exécuter la voie d'instruction à laquelle la justice s'est arrêtée. N'est-ce pas précisément pour des hypothèses de ce genre que l'article 17 a été édicté?

350. — Au reste, voulût-on, par respect pour le texte, ne pas permettre d'y recourir, qu'on serait contraint d'arriver au même résultat à l'aide des principes généraux du droit. Nous le disions tout à l'heure, le premier devoir de la partie est de prouver sa demande ou son exception. Faute de cette preuve, la justice doit repousser l'une ou l'autre.

Mais, en matière commerciale, la preuve testimoniale étant de droit commun, le serment peut toujours être déféré non pas seulement dans le cas prévu par l'article 17, mais encore dans toutes les hypothèses réunissant les conditions exigées par l'article 1367 du Code Napoléon.

Il est vrai qu'aux termes de celui-ci et de la doctrine qu'il a inspirée, c'est au demandeur que le serment doit être déféré de préférence. Mais remarquons que le défendeur devient demandeur à l'égard de l'exception qu'il soutient; et que, dans bien des cas, c'est sur cette exception que portera le litige, car, n'étant pas pleinement justifiée, elle ne sera pas totalement dénuée de preuve.

C'est ce qui se réalisera inévitablement dans les espèces de la nature de celle que nous examinons. Un commerçant demande le paiement d'une certaine somme, le défendeur soutient que ce paiement a eu lieu, qu'il est constaté sur les livres du commerçant dont

il demande la représentation. L'unique question qu'un pareil litige offre à résoudre, est évidemment celle de savoir si le paiement a eu lieu ou non. Certes, il n'est pas encore pleinement justifié, mais il est bien près de l'être, si le commerçant refuse de représenter ses livres et d'enlever ainsi tout appui à l'exception qui lui est opposée. Comment expliquer, en effet, qu'ayant le moyen de confondre son adversaire, de dissiper tous les doutes, d'éclairer la conscience du juge, il ne s'empresse pas de le saisir?

En l'état, lui déférer le serment supplétoire serait méconnaître les justes soupçons que sa conduite inspire, encourager sa résistance et le récompenser de sa mauvaise foi. D'ailleurs, ce n'est jamais ni sa demande, ni son exception, c'est celle de l'autre partie que son refus de représenter ses livres rend vraisemblable. C'est donc à cette dernière seule que le serment doit être déféré, s'il y a lieu.

Ainsi, à quelque titre que la représentation des livres ait été demandée, si elle a été ordonnée, il n'y a pas de distinction possible. Le refus de les représenter rend l'article 17 applicable.

En supposant que cet article ne dût recevoir d'application que dans le cas où la partie offre d'y ajouter foi, il faut reconnaître qu'en l'absence de cette offre on arrive à un résultat identique, par la seule force des principes généraux du droit commun. C'est ce que la Cour de cassation a expressément consacré.

351. — Un arrêt de la Cour de Bourges, du 27 mai

1825, avait jugé que lorsqu'il est constant et reconnu qu'il a existé un registre servant à constater les paiements faits à la société, et que l'un des associés, pour prouver le versement d'une certaine somme qu'il prétend avoir fait entre les mains de son associé, en même temps caissier et dépositaire de ce registre, en demande l'exhibition, le refus que fait ce dernier de le produire peut, surtout en matière commerciale, être considéré par le juge comme une présomption suffisante que la somme a été effectivement versée dans la caisse sociale et pour déférer le serment d'office à l'associé qui articule le paiement.

Cet arrêt, on le voit, ne se fondait pas sur l'article 17. Ne considérant la difficulté qu'au point de vue des principes consacrés par les articles 1341, 1347, 1353, 1366 et 1367 du Code Napoléon, il l'avait résolue sous leurs inspirations. Aussi, est-ce pour violation et fausse application de ces articles qu'il fut déféré à la Cour de cassation.

L'arrêt qui intervint rejette le pourvoi : « Attendu que la preuve du récélé d'un registre social (sur lequel le défendeur éventuel soutenait que se trouvait inscrit le versement de la somme de 4,464 fr. entre les mains du demandeur, caissier de la société commerciale, entre celui-ci et celui-là), résultant de l'enquête ordonnée par la Cour, a paru à cette Cour former une présomption suffisante pour en induire que cette somme avait été effectivement versée entre les mains du demandeur qui cachait l'instrument pouvant servir à vérifier le fait allégué par le défendeur éventuel ;

« Attendu que cette appréciation d'un fait constant et justifié dans la cause, qu'il appartenait exclusivement à la Cour de qualifier, rendant très probable le fait attaqué, elle a pu, d'une part, sans violer la loi, admettre, comme un commencement de preuve, une présomption grave, d'autant plus admissible qu'il s'agissait d'un compte entre associés en matière commerciale, et, d'autre part, ordonner, pour corroborer cette présomption de fait que le défendeur éventuel affirmerait à serment la vérité de son allégation, laquelle, si elle n'était pas en soi pleinement, entièrement justifiée, n'était cependant pas dénuée de preuve.[1] »

Dans cette espèce, on avait dû d'abord établir l'existence du registre, puisqu'il n'était pas de ceux dont la loi prescrit la tenue. Mais cette preuve serait complètement inutile, si le livre réclamé était obligatoire pour le commerçant. La loi présumant de plein droit son existence, le refus de le représenter inspirerait la même présomption et dicterait une décision analogue. Nous avons donc raison de le dire, indépendamment de l'article 17 et en dehors de sa disposition, le refus des livres, dans toutes les circonstances, amènerait le résultat que celui-ci commande dans l'hypothèse où l'offre d'y ajouter foi accompagne et motive la demande de leur représentation.

352. — Peut-on s'inscrire en faux contre les livres d'un commerçant? On a soutenu l'affirmative en s'é-

[1] Cass., 22 janv. 1828.

tayant des termes de l'article 147 du Code de procédure, punissant le faux en écritures de commerce et de banque.

Mais c'est là une solution inacceptable. L'esprit de la loi, le caractère du faux punissable la repousse. En effet, un des éléments sans lesquels le faux ne saurait exister est le préjudice devant résulter, pour un tiers, de l'acte fabriqué ou de l'altération de ses clauses.

Or ce préjudice ne peut exister lorsque le fait constitutif du faux, ne créant aucun titre en faveur de personne et contre qui que soit, reste un arme inutile entre les mains de son auteur. Tel est en réalité le sort des livres de commerce. Leur altération ne saurait donc constituer le crime prévu et puni par la loi.

C'est ce qui est fort judicieusement déduit dans un arrêt de la Cour de Rennes, du 29 janvier 1828 :

« Considérant qu'il ne peut y avoir lieu à inscription de faux contre un livre journal représenté par des négociants qui l'ont tenu, en quelque temps qu'il ait été confectionné ; que les écritures de commerce ou de banque, mentionnées dans l'article 147 du Code de procédure, ne s'entendent que des lettres de change et billets et de tout titre ayant le caractère de preuve en justice; que les livres de commerce pouvant être plus ou moins arriérés, peuvent être par la suite, ou plus tôt ou plus tard, mis à jour sans qu'il en résulte une altération portant le caractère du faux; que cette forme d'instruction extrordinaire ne doit être poursuivie qu'avec une extrême circonspection; qu'elle est surtout inadmissible lorsque les moyens proposés ne ten-

dent qu'à prouver un ajustement qui ne doit pas se confondre avec le faux. »

353. — L'inscription de faux contre les livres ne saurait donc être admise. C'est là d'ailleurs une conséquence de ces deux règles, à savoir :

1° Que les livres ne font jamais nécessairement foi de leur contenu que contre le commerçant dont ils émanent. Ainsi, dans le cas même où, conformément à l'article 12, il est autorisé à les invoquer comme preuve en sa faveur, cette prétention peut être repoussée ;

2° Que la preuve testimoniale et celle par présomptions sont toujours admissibles pour détruire leurs énonciations. Cette double preuve est en effet de droit commun en matière commerciale. D'ailleurs la fraude est ici trop prochaine, trop inévitable, une omission même involontaire trop possible, pour qu'on pût admettre le contraire.

354. — Mais l'admissibilité de l'une ou de l'autre ne saurait être invoquée, lorsque la représentation des livres n'est ordonnée que sur l'offre, de la part du demandeur, d'ajouter foi à leurs indications. Cette offre ne permet plus d'élever la moindre réclamation contre ce qui y est contenu, ils deviennent, dans cette hypothèse, la loi suprême et unique des parties. Il en est de ce cas comme de celui où le serment décisoire a été déféré. La représentation des livres met fin à tout litige, comme le ferait la prestation du serment.

De là il suit : que dans un procès entre un négociant et un non-commerçant, si ce dernier s'en réfère aux livres de son adversaire, il ne sera pas recevable à les discuter par la preuve testimoniale. L'article 1330, lui conférant ce droit ou cette faculté, exige, comme condition essentielle, qu'il accepte les livres dont il sollicite la représentation dans leur entier, et sans pouvoir les diviser, c'est-à-dire que, libre de s'en rapporter aux livres, il est non-admissible, lorsqu'il l'a fait, à en discuter les énonciations.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES.

Les chiffres indiquent les numéros d'ordre.

A

B

C



FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE.


931

Chez le même Libraire :

Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la république et sous l'empire, par M. Ch. Giraud, inspecteur-général de l'Université de France, 2 vol. in-8° 15 fr

Analyse raisonnée de la législation sur les eaux, par Dubreuil, avocat, ancien assesseur d'Aix et Procureur du pays de Provence. Nouvelle édition mise en rapport avec le dernier état de la législation et de la jurisprudence, augmentée d'un supplément par MM. Tavernier et Cohen, avocats à la Cour impériale d'Aix, avec des notes de M. J.-J. Estrangin, avocat à Arles, et précédée d'une notice sur Dubreuil, par M. Ch. Giraud, membre de l'Institut, inspecteur-général de l'Université de France, etc., commandeur de la Légion-d'Honneur, deux beaux volumes in-8° 15 fr.

Etudes sur la législation et la jurisprudence concernant les fouilles et extractions de matériaux, occupations temporaires et autres dommages causés à la propriété privée, en dehors de l'expropriation, à l'occasion de l'exécution des travaux publics, par L.-J.-D. Feraud-Giraud, 1845, in 8° 6 fr.

Servitudes de voirie. — Etudes sur la législation et la jurisprudence concernant les charges établies, dans un intérêt de voirie, sur les propriétés privées bordant les rues et places, routes et chemins, et concernant l'exercice de certains droits afférant à ces propriétés sur les voies publiques, par L.-J.-D. Feraud-Giraud, 1850, 2 vol. in-8°. 15 [illegible]

Législation des chemins de fer par rapport aux propriétés riveraines, par L. J. D. Feraud-Giraud, docteur en droit, conseiller à la Cour impériale d'Aix, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, 1 vol. in 8°, 1853. 7 fr. 50

Institutes de Justinien traduites et expliquées, par L. E[illegible], avocat, ancien professeur à la Faculté de droit d'Aix, 2e édition augmentée d'une nouvelle introduction, 2 vol. in-8°. 12 fr

Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, nouvelle [illegible], considérablement augmentée et précédée d'un essai sur l'histoire générale du droit français, par M. D. Dalloz aîné, ancien député du Jura, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien président de l'ordre des avocats aux conseils d'Etat et à la Cour de cassation, officier de la Légion-d'Honneur, membre de plusieurs sociétés savantes, avec la collaboration de M. A. Dalloz, son frère, avocat à la Cour impériale de Paris, membre de la Légion-d'Honneur, auteur du Dictionnaire général et raisonné de la législation, de doctrine et de jurisprudence, et celle de plusieurs jurisconsultes, 40 vol. grand in-4 50[illegible]

Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique, par M. de chevalier de Lalleau, avocat à la Cour impériale de Paris, chevalier de la Légion-d'Honneur, membre de plusieurs sociétés savantes, 4e éd. entièrement revue d'après la loi du 3 mai 1841, 2 v. in-8° 1[illegible] fr

De l'emploi et du remploi de la dot sous le régime dotal, par Benech, 1 vol. [illegible]

Nouveaux Codes annotés, contenant toute la jurisprudence depuis 1789 jusqu'à ce jour, et la doctrine des auteurs, par [illegible] Code civil 21 [illegible]

